D. Johann Michael Friedrich Lochners

Hochlöbl. Republ. Nürnberg CONSILIARII

SELECTA JVRIS VNIVERSI.

Oder:

Sammlung verschiedener in die Rechtsgelahrheit gehöriger Materien und Fälle.

Zweytes Stuck.

Nürnberg,
in Verlag bey Christoph Riegels sel. Wittib,
1760.

Vorbericht.

Hiermit überliefere das zweyte Stuck der Selectorum dem Urtheil des geneigten Lesers. Vielleicht ist auch diese meine Beschäftigung nicht ohne Nutzen, und geschiehet manchen ein Dienst mit solchen Sammlungen. Mir genüget, wann ich nur einigen meiner Neben-Menschen mich nützlich erzeigen könne. Allen Einwürfen,

die manchmal gemachet werden wollen, und sogleich sich entdecken, werde nicht, wohl aber denen bescheiden und gebührend antworten, die zu noch weiterer Erläuterung der Materien dienlich seyn; wie ich dann auch von einer gründlichen Erinnerung mich jederzeit belehren zu lassen gewohnet und Willens bin. Ich empfehle mich zu des ohnpartheyischen Lesers Wohlwollen. Nürnberg, im Jahr 1760.

D. Joh. Mich. Fr. Lochner.

Inhalt

Innhalt des zweyten Stücks.

1.

Ob die Beschwehrde über ein Brüderlich oder Schwesterlich unpflichtmäßiges Testament, überhaupts, und in Nürnbergischen besonders wieder eine von einem Ehemann geschwächte Persohn Statt habe? ingleichen wie die Statuten auszulegen, und zu erklären seyn?

2.

Beytrag zu der Lehre von dem Einstand-Recht bey öffentlich subhastirten Gütern.

3. Von

3.

Von der Kraft eines Testaments, so ein Auswärtiger und Frembder vor zwey Genanndten zu Nürnberg errichtet.

4.

Ob der Protestanten Strittigkeiten unter sich nach dem Entscheid-Jahr 1624. zu beurtheilen?

5.

Rechts-Stritt wegen einer privativen Tabern Gerechtigkeit rc.

1. Ob

I.

Ob die Beschwerde über ein brüderlich oder schwesterlich unpflichtmässiges Testament (querela inofficiosi testamenti) überhaupts, und in Nürnbergischen, besonders wider eine, und zwar von einem Ehemann geschwächte Person, statt habe? inglei chen wie die Statuten auszulegen und zu erklären seyn?

Es hat Sempronius, ein Ehemann, sich mit einer ledigen Weibsperson, Dina, verunkeuschet, und diese geschwängert. Nach jenes Tod hat gleichwol dessen hinterlassene Ehefrau Sempronia besagte Dina, weil diese sie viele Jahre mühseelig gepfleget und gewartet, zur Erbin eingesetzet, hingegen ihren leiblichen Bruder übergangen. Dieser Bruder, nemlich Caius, übergab bey Wohllöbl. V. A. de praes. 4) 26. Oct. 1757. höchst-bemüßigtes Vortragen

 gen

gen ꝛc., will beweisen, daß er nie gegen seine verstorbene Schwester undankbar, folglich ihme zur Ungebühr eine stadtkundige, und ihres Ehemanns gewesene Hure, als eine schändliche Person, sogar mit Benehmung des ihme wenigstens in dem Fall gebührenden Pflichttheils vorgezogen gewesen, bittet dahero das Testament als unpflichtmäßig aufzuheben. Auf dessen Anhalten und Gefahr wurde auch der Semproniä Verlassenschaft versiegelt. Dina überreichte de praes. in Conc. d. 14. et in mund. 4.) 18. Jan. a. c. exceptionum loco rechtlich Ableinen ꝛc. setzet a) erstlich die Ausflucht der veriährten Beschwerde aus der Reformation Tit. 29. Ges. 17. entgegen, läßt sich aber b) dennoch auf die Querel ein, und meynet, selbige finde keinen Plaz, weil 1) die Nürnbergische Reformation Tit. 29. Ges. 8. blos die Seitenfreunde auszuschliessen erlaube, nicht aber die aus dem Römischen Recht herzuhohlende Ausnahm wegen der schändlichen Person wiederhohle, 2) die Dina ihres Vergehens wegen keine schändliche Person, wenigstens nicht in Ansehung der verstorbenen Semproniä sey, 3) die Codicillarische Clausel das Testament ohnehin aufrecht erhalten könne. 4) eine Vergeltung vorhanden, folglich hier noch weniger eine solche Querel des unpflichtmäßigen Testaments anzustellen sey. Klagender Caius überreicht de praes. 7.) 25. Febr. seine Replic, und antwortet auf die Ausflüchte und Einwendungen, welche in der von beklagter Diana de praes. 7.)

8n

8n April eingekommenen Duplic gerettet werden. Nach beschehener Submißion der beeden Theile wird nunmehr die rechtliche Entscheidung zu begreifen seyn, und dabey es auf die zwey Hauptfragen eigentlich ankommen: 1) ob die Beschwerde des unpflichtmäßigen schwesterlichen Testaments (querela testamenti inofficiosi) der Zeit nach, noch statt haben könne? 2) ob solche mit einiger Würkung wider die Dina anzustellen gewesen? So viel nun die erste Frage anbelanget, so ist zum voraus zwar richtig, daß bei der Querel auch der jährliche Termin allhier schlechterdings zu beobachten sey. Conf. Comment. ad Ref. Tit. 29 L. 17 § 2, dieser auch dem Cajus nicht wenig im Weg stehe, indeme er eben auch eher jemand sein Anliegen entdecken, und sich so, wie jetzund, rathen lassen können. Weil aber öfters die Leut nicht viel von armen Recht, noch weniger von der Querel wissen, anbey ungeschickt seyn, ihrem Nothstand zu rathen; so mögte dermaln, dem Cajus wegen der Ehehaft, und da er würklich vor einen Armen geachtet werden kan, die Verstreichung der Nothfrist nicht zur Last zu legen seyn, massen ohnehin denen Armen öfters in Ansehung der fatalen Fristen nachgesehen zu werden pfleget. Nürnb. Reformation, l. c §. Es wäre dann de Wernher Tom. III. obs. for. P. III. obs. 7. p. m. 516. Meu. Lib. VII. tit. 62. d. 94. edit.

 Leucht.

Leucht. T. II p. 362. Das Hauptwerk kommt also lediglich nun auf die 2te Frage an, und hier ist nicht zu laugnen, daß auf beeden Seiten sich ziemliche Gründe anführen lassen.

I. Es ist aber gleich anfänglich wieder voraus zu fragen, ob dann nach Nürnbergischen Rechten überhaupts diese Querel Platz finde? Dann wann der Text der Reformation Tit. 29. Ges. 8. so wie er vor Augen lieget, zu verstehen wäre; so fiele alle Ausnahm von einer schändlichen Person, mithin die darauf eingeschränkte Querel weg. Meines wenigen Orts sehe ich diesen Text vor keine Aenderung an, und getraue mir also nicht, die aus dem gemeinen Hülfs-Recht wiederhohlte Verordnung eigenmächtig einzuschränken, da die hohe Gesetzgebere wohl mit deutlichern Worten würden das Civil-Recht geändert haben, wann Sie dergleichen Sinn gehabt hätten. Ich bleibe demnach auch bey der Regel: daß die Materien derer Statuten nach demjenigen Recht zu ermäßen seyn, aus welchen sie hergeflossen, zumahl wenn nur eine bloße Wiederhohlung und nicht eine Abänderung erhellet; und daß die willkührliche Obrigkeitliche Ordnungen theils nach der besondern Veranlassung, theils nach denen ordentlichen Auslegungs-Regeln erkläret, oder, wann sie ganz dunkel, durch den Gesezgeber bestimmet werden müssen. Deßwegen bin ich doch derer Meynung nicht beygethan, die offenbare

Ab-

Abweichungen vom gemeinen Recht möglichst mildern, oder überall eine einschränkende, und dem gemeinen Recht am wenigsten schädliche Auslegung erwählen, und solche Sätze aus demselben erläutern wollen, die demselben nicht nur unbekannt, sondern gar zuwider, auch insbesondere eines pur teutschen Ursprungs gewesen. cf. Gassers diss. de brocard statuta ex iur. commun. esse interpretand § XXI. Kopps Vorrede zu denen Proben des teutschen Lehen-Rechts. Die Aeusserung, die der um das teutsche Recht und die Rechtsgelahrheit überhaupts so hochverdiente Herr Verfasser des erst in Altorf herausgekommenen nuzbahren rechtlichen Catechismus in der Vorrede eröffnet, drucket alles kurz und deutlich aus: Man nimmt die Rechte an, wie man sie findet, indeme, wann sie öffentlich gebilliget, und gar den Statutenbüchern einverleibet werden, in Ansehung der Verbindlichkeit kein Unterscheid, ob sie ursprünglich frembd oder einheimisch. **Bey der Erklärung aber ist die Rucksicht auf den Ursprung nicht unnüzlich.** Der Einwurf, daß es ohne die statutarische Wiederhohlung so schon Rechtens gewesen wäre, scheint mir deswegen allein nicht erheblich, weil die meisten Titel blos das gemeine Recht kurz wiederhohlen, und dadurch nicht die weitere Erklärung daraus verbiethen. Kürze halben beruffe mich auf meine inaug. disp. de quor. iur. statut. Nor. capit. explanat. p. 7 — 17. Conf. Comment.

ad Ref. Nor. Tit. 29 L. 8. §. 2. Ioh. Christoph. Donaueri diss. de prudentia interpretandi statuta §. XYIV. Wurffbain in different. iur. ciuil. et Reform. Nor. p. m. 61. n. 52. (*). Und wann man

(*) Die Materie von der Auslegung der Statuten hat schon zu vielen Strittigkeiten Anlaß gegeben. So wie die ältern Juristen aus allzugroßer Hochachtung des Römischen Rechts keine ächte Auslegungs-Reguln an Hand gegeben, und vielmehr die alte Teutsche Gebräuche, Gewohnheiten verdunkelt haben: so haben in neuern Zeiten einige eine andere Auskunft erwählet, und fast gar nichts mehr vom Römischen Recht wissen wollen. Ja die aus diesem Recht hergeholte Sachen, sollen, sobald sie einmal teutschen Landes- oder Stadtgesetzen einverleibet seyn, nicht mehr Römisch genennet, sondern als teutsche Satzungen angesehen werden. Selbst der hochberühmte Herr Professor Heumann zu Altdorf, der ausser so vielen grossen Verdiensten in der Rechtsgelahrheit das besondere teutsche Recht herrlich beleuchtet hat, scheinet dieser Meynung beygethan zu seyn, in Vol. I. Exercit. Jur. vniuerl. medit. praemiss. p. IX. §. X. Caue, sagt er, ne populares vel ciuicas leges tuas despicias, si rem clare dirimant. *Definitio tamen Romana in legum tuarum codicem relata, non amplius Romana, sed Germanica censenda.* Caue putes, leuibus quibusdam iuris Romani vestigiis deprehensis *totum caput* istud, quod disputatur, *Romano more explicandum esse.* et in der rechtliche Catechismus l. c. Mich dünket nicht, daß diese Regeln als allgemein eigenmächtig angegeben werden können. Gegenwärtig kan ich zwar nicht weitläuftig seyn, doch bin ich der Meynung, daß nicht nur

man den statutarischen Text genau betrachtet, so ist, da in vorgehenden Titeln von denen Noth-

L 4 erben

nur auf die Zeit, derer gesammleten Stadtgesetze, sondern auch auf deren Titeln besonders bey einer ächten Auslegung das Augenmerk zu richten sey. Die Statuten werden mit gar gutem Grunde in ältere und neuere Stadt- und Landesgesetze eingetheilet. Jene sind in das 12. 13. 14. Jahrhundert zu rechnen: diese sind in 15. 16. Säculo gesammlet. Jene, und zwar die im 12. 13. Säculo haben zwar manchmal etwas, aber nicht so viel von fremden Recht mit eingemischet, und dienen dahero öfters herrlich zu Erforschung des teutschen Rechts. Diese hingegen sind meistens aus dem Römischen Recht und alten Gebräuchen zusammen gesetzt, und haben manche auf die letztere mehr, manche weniger sorgfältige Achtung gehabt, nachdeme die zu Rath gezogene Personen verschiedene Kenner oder Liebhaber waren. Der sehr gelehrte Herr Professor Eckhard schreibet in der schönen Hermeneutica Iuris Lib. II. c. I. §. XV. p. m. 316. beyfällig: Itaque duplicis sunt generis iura prouincialia aeque ac statuta, quae in *antiqua* et *recentiora* haud incommode diuidimus. Antiqua uoco, quae saeculis XII. XIII. XIV. uel primum in scripturam redacta sunt, uel in Germanicam linguam translata aut reuisa et accessionibus locupletata. Haec instituta uera Germanica exponunt, et mores sinceros, in corruptos et *nullis* iuris peregrini laciniis deformatos sistunt, vel parum ex iure Rom. continent, I. H. Boehmer exerc. ad Pand. X. §. 5. Atque haec, vt quisque iuris patrii studiosissimus est, ita maxime conquirit, summoque in pretio habet. Recentiora ue-

erben geredet worden, die angezogene Verordnung dahin nur zu deuten, daß Geschwistrigte,

Ver=

vero sunt, quae inde a saeculo XV. XVI. compilata et in nouam plane formam ita redacta sunt, ut ius *patrium cum peregrino mixtum*, instituta uere germanica, vel ad rom. iuris regulam exacta, uel romano quasi habitu induta exhibeant. Daß die ältern Statuten gar keine Spuhren des Römischen Rechts geben sollten, läßt sich allgemein wohl nicht behaupten, und ist selbst unter andern der Codex Iuris Bauarici de Ao. 1346. in Herrn Dr. Heumanns opusculis p. 54. sqq. nicht davon frey. S. p. 42. sqq. Es würden sich auch verschiedene Exempel anführen lassen. Herr Eckhard l. c. in not. schränket dahero selbst das assertum ein. Der fürtreffliche Herr Professor Pütter in Göttingen, in Prolegom. Elem. Jur. Germ. priu. § 28. bewähret auch die Eintheilung der Statuten. Eadem, schreibt er, demum ratione ciuitates pleraeque Saeculo XVI., noua condebant statuta (manche schon in XV. Säculo) siue nouas quas uocabant, *Reformationes*, quae solae, comparatae cum antiquioribus ex unico patrio iure confectis statutis, *mixtorum*, hoc seculo iurium satis euidentia praebent testimonia Vnde *duplex* haud immerito constituitur statutorum, vti generatim legum germanicarum, classis, altera, *ante*, altera *post* introductum in Germaniam ius romanum, *illa purum ius patrium*, haec maximopere cum peregrino *mixtum* continens. Der berühmte Herr Kopp in historia iuris P. V. Ep. VI. th. XII. p. m. 255. macht den Schluß: unde ordinationes prouinciales, et *reformationes ciuitatum* seculis XVI. et XVII. compilatae, *plerumque*

sunt

Vettern, vor dergleichen nicht zu achten, im übrigen aber kan die nicht abgeänderte Ausnahm

L 5 von

sunt ex iuribus *peregrinis* et *patriis mixtae*. cf. Dn. de Ludolff in praef. ad collect. quor. statut. prouinc. et urb. Germ. §. 1. 2. 3. Dahero auch Mich. Richey in histor. statut. Hamburg. c. 11. §. 15. von diesem Recht die Anmerkung eröfnet: Romani iuris in *antiquis* statutis nostris oppido *parum* est, *plus* in recentioribus, prout scil. successu temporum Romanae leges etiam in Germania iuris communis nomen atque auctoritatem sibi compararunt. Gleichwie nun bey der Mixtur die neuern Statuta in einigen Titeln aus dem teutschen Recht und alten Gebräuchen, in andern hingegen aus denen fremden Rechten erkläret werden müssen: Als wird es schwer halten und nicht wohl thunlich seyn, wider die Absicht der Gesetzgeber eine pur teutsche Auslegung, die dazu in vielen dem teutschen Recht unbekannten Materien fehlen müßte, geltend zu machen. Der belobte Herr Eckhard l. c. giebt dahero die nöthigen besondern Regeln zur geschickten Auslegung derer vermischten Stadtgesetze §. XVIII. sqq. §. XCI. sqq und verwarnet sorgfältig alle gefährliche überschreitende Auswege. Ich schalte zum Beweiß nur einige Stellen ein. So heißt es §. XIX. falsum et plane absurdum esse canonem siue brocardicum illud: statuta ex iure ciuili Rom. interpretanda, limitanda et restringenda esse - - - aeque grauiter eos falli, qui statuta *quaeuis* germanicarum ciuitatum, ut sunt hodie comparata, (§. XV.) sine *discrimine ex iure patrio* explicanda esse existimant. Und §. XLI. Primo igitur omnium dispi-

von dem mit einer gewissen Bedingung in denen gemeinen Rechten fest gesetzten brüderlichen oder schwe-

spiciendum est, an ex iure t.om. aliquid admixtum sit capiti statutorum, quod interpretandum suscepimus, id quod non difficile erit intelligere homini iuris rom. aeque ac germanici scientia instructo. Hoc sane iudicium ideo maxime necessarium est, ut quae ex moribus fluxerunt, eo facilius discernantur ab his, quae ex iur. rom. sunt petita. *Neque enim romana esse desinunt, quae ex iure rom. in constitutiones imperii, leges prouinciales, et statuta urbium Germ. translata sunt*, uti homines parum acuti existimant, licet quoad usum illorum et adplicationem in foris non male Germanica censeantur. Horum si uera esset sententia, nihil esset, quod inter ius *patrium et receptum* siue *adscititium* distinguamus, et sapiens doctissimorum hominum praeceptum sequamur, *ex fontibus quodlibet ius*, et *domesticis principiis* esse explicandum. Vix enim euitari potest iuris rom. et germ. mixtura, si germanica dicenda sunt, quae ex iure Rom. statutis sunt adscripta. Kopp in der angezogenen Vorrede ꝛc. ist dieser Meynung gleichfalls beygethan. S. auch Herrn Cammer-Gerichts Assessors von Cramers Wezlarischer Nebenstunden 6. Theil, § 1. 5. p.m. 88 sq und T. III opuscul. c. II. §. I Herrn Strubens Nebenstunden P. V. n. XXXII § 12. 13. Die hiesige Reformation gehöret ohnstrittig zu solchen vermischten Stadtgesetzen: Dann nicht nur die Zeit der Sammlung und Publication, wovon die Köhlerische dissertat. de Historia Cod. Jur. stat. siue Reform. Nor. Riccii Tr. von Statuten Lib. I. c. III. nachzusehen, sondern auch der Innhalt der gewöhnlichen Edition d. Ao. 1564. giebt

schwesterlichen Pflichttheil, und der Geschwistrig-
te

giebt die beste Ueberzeugung. In der Vorrede heißt es deutlich, die Reformation wäre aus den Kaiserlich-beschriebenen Rechten und alten Gebräuchen, wie es nach Gelegenheit dieser Stadt am füglichsten geschehen mögen, zusammen getragen. In dem ersten gedruckten Gesetzbuch de 1484. nach dem gleich beym Anfang stehenden Register; „Diz ist die Reformacion der Statut vnd Gesetze, die ein erber „Rate der Stat Nüremberg. vmb gemeins nu„tzes. notdurft. und vrsachen willen. Im an„fang und eingang derselben. hiernach begriffen „fürgenommen hat. Vnd nachdem dann söl„liche Gesetz. nach rat vil Hochgelehrter Doc„tor, und den gemeinen geschriebenn Rech„ten. so wil sich das nach der Stat Nürmberg „Gelegenheyd herkomen und Lewffte hat erley„den mügen. gemeß gemacht sind.„ Und in der Vorrede: „hat ein erber Rat In crafft ge„maines Rechten. Auch aus gewalt kaiserlicher „vnd küniglicher freyhait. vnd deßhalb Irer „oberkeit und regiments. so man zu latein „Jus magistratus nennet. mit guten Vorrate „wohlbedechtlich und auch mit Rath der „Hochgelehrten gemainer geschribner Recht. „gesetzt vnd geordnet. die hernach geschrieben „gesetze rc. „ Ja der Innhalt derer Titeln unserer Reformation gibt auf allen Blättern den herrlichsten Beweiß. Man sieht gleich, wo das Römische Recht nur wiederhohlt, und wo es wegen alten Gebrauchs oder aus andern Ursachen geändert ist. Nothwendig wird also die Auslegnng unserer vermischten Statuten so geartet seyn müssen, daß ein jeder Text aus dem

Recht

te Vorzug von schändlichen Personen dennoch fest blei-

Recht erläutert werde, woraus er in die Reformation versetzt worden. Dann wann auch gleich die Uebereinstimmung mehrerer Land- und Stadtgesetze zur allgemeinen teutschen Rechts-regel einiger Meynung nach aufgestellet, folglich dahin noch vor denen fremden Rechten die Zuflucht genommen werden konnte, so laugne ich zwar den Nutzen derselben in pur teutscher Materie gar nicht, trage aber dennoch Bedenken, aus dieser Uebereinstimmung einiger oder vieler Statuten überall ein allgemeines teutsches Recht zu erzwingen. Diese Meynung bestärket Herr Struben in Nebenstunden P. V. n. XXXII. §. XV. p. m. 35. Herr Pütter in Conspect. Jur. Germ. priu. hod nou. system. tradend. C. I. § 7 - 12. Der Consensus mehrerer Statuten kan eigenmächtig nicht ein Gesetz vor ein ander Land seyn, da zumahl viele arbitrarische Dispositionen vorkommen, die eben keinen Grund in einem alten teutschen Gebrauch oder Recht haben. Es ist nicht zu zweifeln, daß die aus verschiedenen Statuten gesammlete Wahrheit dennoch nur auf diesem oder jenem Dorf nicht, am wenigsten bey Auslegung derer das gemeine Recht wiederholenden Statuten wohl angewendet werden würde, bis deren Gebrauch und Gültigkeit besonders zu erweisen stünde. Die Bemühungen in Nachforschung derer teutschen particular Gesetze sind indessen doch sehr nützlich, und würden besonders der teutschen Gesezgebung beförderlich seyn. Daß die Reichs-Abschiede in Privatsachen auch unter die gemeine Rechte vorzüglich gehören, mithin in gewissen Fällen zur Auslegung dienen, ist so bekannt.

bleiben, weil eigentlich nicht von dem Unterscheid derer zu Erben einzusetzenden Personen hier die Rede gewesen *).

II. Also

*) Zwar ist der so berühmte und gelehrte Herr Riccius de statut. Lib. II. c. XI. §. 12. n. 1. anderer Meynung, und will insbesondere bey einem so ohneingeschränkt redenden Stadt-Gesetz die Ausflucht der schändlichen Person nicht zulassen: Allein ausser denen schon angeführten und in meinen dissert. befindlichen Gründen kan ich mich auch des Beyfalls des gelehrten Herrn Strubens in seinem nach meiner diss. herausgekommenen P. V. der Neben-Stunden n. XXXII. §. XII. p. 28. sq. rühmen: „Ist demnach „ein Stuck des Landes- oder Stadt-Rechts „aus dem Römischen genommen, so muß es „auch aus demselben erkläret werden, und „man vermuthet, daß die in diesem befindliche „Limitationes und ampliationes mit angenommen sind. Zwar wendet Freisleben in diss. „de interpret. statut. ex iur. comm. §. 8. darwieder ein, daß das Gesetz überflüssig gewesen „wäre, wenn man es bey dem Römischen Recht „lassen wolle. Dafern also z. E. ein statutum „denen Unterthanen erlaubet, ihre Brüder zu „Erben einzusetzen, so könnten sie ihnen eine „personam turpem vorziehen, obwohl solches „dem Römischen Recht zuwieder laufet. Allein „die Absicht des Gesetzgebers ist vielfältig gewesen, vielmehr dieses einzuführen, als zu „andern. Dessen ganzen Innhalt dem statuto „einzuverleiben, fiele beschwehrlich. Man liese „es also bey Anführung der Haupt-Regeln bewenden, und untersagt den Richter dadurch „keineswegs sich des iuris subsidiarii in den nicht

„berühr-

II. Also bleibt die Hauptfrage zu beurtheilen übrig: Ob die Querel des unpflichtmässigen Testaments wieder der Sempronia Testament mit Nutzen angestellet werden könne;

„ berührten Fällen zu bedienen . . . Es ist jedoch eine solche Lehre dahin keineswegs auszudehnen, daß wann die teutsche Rechte von den Römischen offenbahr abweichen, man, was jene nicht mit ausdrücklichen Worten bestimmen, aus diesen entscheiden müsse, sondern die Richter haben vielmehr auf die analogiam iuris patrii zu sehen, und wenn erhellet, daß in den vorkommenden Fall die nemliche Ursache vorhanden, warum der Gesetzgeber in einem andern von Römischen Gesetzen abgangen, aus diesen die Entscheidung keineswegs zu nehmen.„ Ueberhaupts kommt mir der Schluß, daß, was in Statuten nicht aus dem Römischen Recht ausgedruckt, sogleich vor abgeschafft und geändert angesehen werden müsse, sehr übertrieben und falsch vor, weil sonach auch so viele gar nicht berührte Materien als unbrauchbar wegfallen würden. Ich merke hiebey an, daß der schon belobte Herr Verfasser des rechtlichen Catechismi II. Hauptst. Tit. VIII. p. 71. sq kein Bedenken getragen, die Clausel wegen der schändlichen Person als einen allgemeinen teutschen üblichen Rechtssatz anzugeben mit denen Worten: Wie mancherley sind die Erben? Notherben, und Erkorne. Die Notherben sind Kinder, Eltern ihrer ohne Nachkommenschafft sterbenden Kinder, und in einem gewissen Fall die Geschwistrigte, wann nemlich ihnen eine anrüchtige Person vorgezogen wird.

könne; und ob die eingesetzte Dina vor eine schändliche Person zu halten sey? Hier kan es nun stark das Ansehen gewinnen, als ob eine verneinende Antwort sich um so sicherer behaupten lasse, da

a.) noch nicht einmal ausgemacht sey, wie der l. 27. C. de in offic. testam. eigentlich heunt zu Tags zu verstehen, und ob ausser denen völlig ehrlosen, oder infamen die von dem Tribonian unterschieden angegebene schändliche und mit einer geringen Mackel bezeichnete Personen bey uns anzuwenden seyen. cf. Heinecc. diss. de leuis notae macula ad L. 27. C. de in offic. testam. Gundling ad Pandect. Lib. V. Tit. 2. p. 586. b. J. H. Boehmer de querela inofficiosi fratrum consanguineorum §. 16.

b.) In Ansehung der Dinä als einer ledigen Person nicht einmal eigentlich ein Ehebruch vorzufinden. Huber in praelect. ad inst. Tit. de publ. iud. §. 5. p. m. 471. & ad Pand. Tit. ad L. Jul. de Adult. §. 1. p. m. 1523. et. § 6 p. m. 1525. Petr. Heig. P. 2. Q. 29. n. 19. Carpzov P. 4. Const. 19. def. 5. n. 3.

c.) Eine Unzucht und Schwängerung aber heunt zu Tags nicht wohl eine Ehrloßigkeit des Rechts (infamiam iuris) nach sich ziehen mögte, dahero auch ansehnliche Rechtslehrer solche schlechterdings nicht zulassen. Meu. ad Jus Lubec. P. 4. tit. 4. art. 1. addit. Carpzouius P. 2. Const. 6. def. 14. n. 6. sqq. Schilter prax. iur. Rom. in for. Germ.

Germ. Exerc. 10. th. 32. Kreſs ad C. C. C. art. CX. n. 3. §. 1. p. m. 299. Bœhmer in Elem. Jurispr. Crim. ſect. II. cap. XXVI. §. 290. in not. p. m. 487.

d.) Und wann auch nach einiger Meynung eine Verachtung bey ehrlichen Leuten (infamia facti) dennoch Platz finden dörfte Berger in œcon. Jur. p. 68 n. 4. & in reſponſor P. 1. reſp. 257. Lyncker in reſponſ. 155. n. 24. doch

e.) bey erfolgter Beſſerung der Dina zumahl nach verfloſſenen dreyen Jahren, dieſe Verachtung bekannten Rechten nach aufhöre. Beck de eo quod iuſtum eſt circa ſtuprum Lib. 1. cap. 2. §. 13. ibique alleg.

Zumahl

f.) da die Dina der Sempronia in ihren elenden Zuſtand redlich beygeſtanden, und durch die erlangte Erbſchafft blos eine ſchuldige Vergeltung ihrer mühſeeligen Dienſte erlanget hat, mithin auch von dahero die Querel, Weſembec. ad Tit. C. de in offic. donat. n. 30. p. 866. um ſo weniger ſtatt finden, oder das Teſtament umſtoſſen könnte, anerwogen

g.) die Codicillar-Clauſel in einem Teſtament auch dieſen allenfallßigen Fehler bey der Erbs-Einſetzung wohl heylen würde. L. ult. §. fin. C. de Codicill.

Und

h.) hauptſächlich das Additional-Decret eines Hochlöbl. Magiſtrats vom 17. Jan. 1640. in

Com-

comment. ad Ref. Tom. I. p. m. 232. stark wieder die Ehrloßigkeit einer geschwächten Person zu streiten scheinet, weil α) nicht nur davon nicht mit einem Wort bey der Straf gedacht, sondern β) sogar in Ansehung eines ledigen, der sich mit einem Eheweib verunkeuschet, der Oberherrliche Vorbehalt hinzugethan wird, solchen nach Buß und Besserung der Genannten-Stelle, oder auch eines Diensts theilhafftig zu machen, somithin allenfalls eine Verächtlichkeit, die durch eine Lebens-Besserung abgetilget werden kan, in solchem Fall anzutreffen, darüberhin γ) erst bey dem wiederhohlten gedoppelten Ehebruch die Verbiethung ehrlicher Zusammenkünfften, offener Gelegenheiten und alles Geschmucks auch Zierraths hinzugefüget, folglich da erst nur einige schimpfliche Bestraffung festgesetzet worden.

Insbesondere aber

i.) Menoch. in arbitr. iud. quaest. Lib. 2. cas. 328. mit sieben Gründen zu erweisen vermeynet:

> Infamem non esse, nec turpem personam, si ámore uehementi capta, sui copiam amanti fecit; et ob id à testatore institui posse, etiam eius fratre uel sorore praeteritis.

Hingegen läßt sich auch vor die gegenseitige Meynung anführen, daß

1.) nach der meinsten Rechtslehrer Dafürhalten die Unzucht, als ein öffentliches Verbrechen denen einmal angenommenen gemeinen

Rechten nach eine Ehrloßigkeit des Rechts nach sich ziehe, und also so lange dabey zu bleiben, auch in der Urthels-Verfassung darauf die Rucksicht zu nehmen seye, so lange nicht durch Stadt-Gesetze ein anders ausdrücklich eingeführet worden. Beck de eo quod iustum est circa stuprum Lib. I. cap. 2. §. 4. 6. Lauterbach in Comp. Jur. Tit. de his quae not. infam. p. 62. et in colleg theor. pract. ad ☩. Tit. eod. §. 15. Struu. S. J. Ciu. Exerc. 7. thes. 8. ibique Müller in addit. Lit. H. Freher de infam. Lib. 3. c. 16. n. 4. de Leyser Med. ad Pand. spec. LII. m. 2. Vol. I. p. m. 566. et spec. 582. m. 1. sqq. Vol. IX. p. m. 145. sqq. Lyncker Vol. I. Respons. 198. n. 6. p. m. 1019.

2.) Erwähnte Dd. auch ziemlich viele Präjudicia anzuführen vermögend gewesen. cf. Beck und Leyser c. l. Barth. dissens. in prax. Cent. VIII. diss. 744. n. 2. p. m. 369.

3.) Und diese Meynung denen teutschen Rechten gar nicht zuwieder, vielmehr in Ansehung derer nicht wohl zu zweifeln ist, daß die Verletzung der Keuschheit zu ältern Zeiten so gar die grosse Ehrloßigkeit nach sich gezogen. b. Socer noster Dn. Phil. Ludw. Huth Consil. Sen. Reip. illustr. in diss. de his qui not. infamia. Heinecc. in Elem. Jur. Germ. tum uet. tum hod. L. I. T. XVII. §. 392. p. m. 325.

Deren

4.) Ueberbleibsel noch jetzo nicht zu wiederstreiten seyn mögten, deßwegen auch Heinecc. c.

l. §.

l. §. 409. p. 341. et §. 413. p. m. 345. den heutigen Gebrauch nicht undeutlich eröfnet:

> Quum praeterea et castitatem maxime semper fecerint Germani, inde esse arbitramur, quod et adulteri et stupratores, et constupratae, et mulieres vulgares, vix integrae famae habeantur.

Eben derselbe in diss. de lev. not. mac. §. XXXIII. p. 60.

> Meretrices, siue quaestum corpore fecerint *siue iuuenum illecebris pudicitiam sibi extorqueri* passae sint, *hodie* non leui nota, sed *infamia* laborant, quum castitas nostrorum temporum non ferat, ut Romanorum exemplo, stuprum extra legum ciuilium poenam esse patiamur.

und ja bekanntlich denen unehelich gebohrnen Kindern so gar noch eine durch die Ehelich- und Ehrlichmachung abzutilgende Mackel, als ein Uberbleibsel von einer alten Ehrloßigkeit anhänget, nach dem Zeugnus eben dieses Heineccii l. c. §. XXXIV. p. 60. sqq. cf. Boehmer in Jur. Dig. Lib. I. Tit. VI. §. 15. wohl folglich wird in gegenwärtigen Fall um so weniger an obigen Sätzen zu zweifeln seyn,

da

5.) das Vergehen der Dina doch mehr als eine blosse Unzucht zu bedeuten haben mögte, und diejenigen so einen Ehebruch bey einer ledigen Person nicht vorfinden wollen, welches andere

nicht so schlechterdings zugeben Kress ad C. C. C. art. CXX. §. 3. n. 2. p. m. 357

dennoch

6.) nicht wiedersprechen mögen, daß wenigstens hier eine grössere Unzucht vorhanden. Huber c. l. p. 1528.

und

7.) nach hiesiger Reformation Ges. IX. Tit. XXXIV. die Verunkeuschungen zwischen Personen, die einander nicht ehelichen können, dergleichen sich bey dem einfachen Ehebruch auch ereignet, ausdrücklich als NB. verdammte Vermischungen benennet, und so gar die Kinder aller vätter- und mütterlichen Erbschafft verlustigt erklärt werden; ja nach einem Oberherrl. Additional-Decret vom Jahr 1610. d. 15. Decembr. der überwiesene Ehebruch einen Handwerksmann zum Amt eines Geschwohrnen oder Vorgehers seines Handwerks untüchtig machet; und auch im Reichs-Abschied de A. 1530. n. XXXIII. et 1577. n. XXVI. alle Verunkeuschungen **leichtfertige Beywohnungen** genennet, folglich mit einer Ehren-nachtheiligen Benennung beleget, und dem leichtfertigen Gesindel in Reichs-Abschieden in soferne gleich geachtet seyn cf. Heinecc. diss. cit. §. XXXIII.

In sothanen Anbetracht endlich auch

8.) die bewährtesten Rechtslehrer ausdrücklich behaupten, daß, wenn eine geschwächte Person zum Erben eingesetzet, und Geschwistrigte über-

übergangen worden, allerdings die Beschwerde über ein unpflichtmäßiges Testament Platz greife. Beck de eo quod iustum est circa stuprum Lib. II. Cap. 5. §. 3. p. 669. sqq. kluger Beamter P. 3. tit. 24. §. 11. Lauterbach in comp. iur. p. 62. Eben dieses

9.) auch nach **Beckens** Meynung c. l. hier in Nürnberg angewendet werden müsse, weil in diesem Fall denen gemeinen Rechten nachzugehen sey;

Solchemnach mögte, zumahl da ein Richter nach denen Gesetzen des gemeinen Rechts in Ermanglung einer Statutarischen Verordnung, zu sprechen pflichtig ist, allerdings die bejahende Antwort der vorgelegten Hauptfrage n. 2. vor der verneinenden um dahero auch einen Vorzug zu verdienen scheinen, da, die Zweifelsgründe, so scheinbahr sie seyn, hier auch dadurch abzuwenden wären, weil

ad a.) diese Strittigkeit um so sicherer dermalen zu umgehen seyn mögte, da nicht nur die Deutung des L. 27. C. de in off. test. aus der Praxi nach denen angeführten Gründen berichtiget zu seyn scheinet, sondern doch auch würklich ehrlose Personen ohnstrittig in dem Gesetz gemeynet sind.

Ad b.) Die Antwort leicht aus denen Entscheidungs-Gründen 5. 6. 7. 8. herzuhohlen.

Ad c.) Meuii und Carpzouii Meynung nicht nur durch die meisten gleichfalls bewährteste

Rechtslehrer und ähnliche Fälle in den 1. Entscheidungs-Grund entkräfftet, sondern auch hauptsächlich durch Herrn von Leyser l. c. besonders wiederleget worden, ohne zu gedenken, daß Carpzov und Mevius von dem eigentlich hieher gehörigen Fall nicht einmal reden, und Carpzov selbst mit sich nicht überall einstimmig ist, auch so gar ein Muster einer Beschwerde wegen eines unpflichtmäßigen Testaments, worinnen ein unehelich gebohrner zum Erben eingesetzt gewesen, angeführet hat. cf. Decis. illustr. 17. et 155. in fin.

Der in Zweifels-Gründen angezogene Herr Böhmer l. c. die Befreyung der Geschwächten von der Ehrloßigkeit nur denen verderbten Sitten zuschreibet, und der angeführte Herr Kreß l. c. doch eine Ehren-Verletzung nicht ganz laugnen kan;

Ad d. e.) die Lebens-Besserung die gesetzliche Ehrloßigkeit und deren Würkungen nicht aufhebe, sondern dazu das Obrigkeitliche Ansehen, und die Wiederherstellung der Ehre ohnumgänglich nöthig sey, wie dieser Zweiffels-Grund gründlich wiederleget zu finden beym Beck l. c. L. I. C. 2. §. 14. sqq. p. m. 51. sqq.

Ad f. g.) Der Dinä Verdienst aus einem andern Grund eine Vergeltung nach sich ziehen, ein verbiethendes Gesetz, aber nicht vereiteln könne, so wenig als dawieder die Codicillar-Clausel

etwas

etwas würken würde. Carpzou. decis. illustr. 155. n. 18. 22.

Ad b.) Das angezogene Additional-Decret de 1640. gar von dem Fall eines unpflichtmäßigen Testaments nicht rede, und also die gemeine Rechte dadurch nicht aufgehebt haben wolle; die Beförderung hingegen eines ledigen zu Ehren-Aemtern wieder nur genennet, und erst auf eines Hochlöbl. Magistrats Untersuchung ausgesetzet werde, hochdemselben aber ja die Wiederherstellung der Ehre allerdings zukomme; annebst die Aeusserung bey dem gedoppelten Ehebruch nur eine besondere Ahndung verstehe, deßwegen aber die gesetzliche Verordnung von der brüder- oder schwesterlichen Querel nicht ausschliese, und überhaupts von der Zulassung zu Handwerks-Zünfften, Ehrenstellen, ein Schluß auf die Erbs-Einsatzung wieder claren Innhalt der Gesetze und Meynungen der Rechtslehrer nicht nur so zu folgern seyn will, so daß dahero die Aeusserung Heinecc. in diss. de leu. not. mac §. XXXV. allen Beyfall verdiene:

Nec sane ex lege nostra, (27. C. de in off. test.) in qua sola leuis notae maculae fit mentio, ullis fidiculis elicies *argumentum*, quo demonstrari possit, homines, quos leuis notae macula adspergunt Doctores, *collegiis* aut *dignitatibus* esse mouendos. Fingamus enim *eos omnes*, fratribus praeteritis, *heredes testamento scribi non posse*: at inde, quaeso, conse-

quitur, *ut nec ad dignitates et opificia illis pateat aditus? NB. An quae in fratrum consanguineorum fauorem constituta sunt, etiam ad opifices pertineant?*

Ad i.) Des Menochs l. c. sieben lächerliche Beweiß-Gründe wieder die in dem 8ten Entscheidungs-Grund angeführte Rechtslehrer keine Attention verdienen könnten.

Nähere Beurtheilung.

Hält man die mit Bedacht angeführte Gründe und Gegengründe gegen einander; so wird sich leicht ergeben, daß auf beeden Seiten an dem Schein Rechtens kein Mangel sey, und dahero bey vorkommenden Fällen und Entscheidungen öfters verschiedene von einander abgehende Meynungen entstehen müssen. Nun ist wohl nicht zu laugnen, daß bey der bejahenden Meynung der bestrittenen Frage ziemlich erhebliche Gründe anzutreffen, und auch die im Wege stehende Zweifel sich noch ziemlich heben liessen: Allein bey dem allen mag ich doch nicht bergen, daß nach wohl überlegter Irrung die verneinende Entscheidung so lange meines geringen Dafürhaltens den Vorzug behaupten dörfe, bis durch eine ausdrückliche Obrigkeitliche Verordnung, oder künfftige erweißliche Gewohnheit das Gegentheil fest gesetzet werde. Dann man kan ohne Absicht auf die noch so herrlichen Gründe nicht wohl wiedersprechen, daß nach der fast täg-

täglichen Erfahrung, und vor Augen liegenden Gewohnheit, einer fleischlichen Vergehung, einer Unzucht, eine gesetzliche Ehrloßigkeit wohl nicht anklebe. Man würde einer Obrigkeitlichen Ahndung nicht entweichen, wann man einen verunkeuschten oder eine Geschwächte, als ehrlos behandeln wollte. Werden nicht solche Personen in Gesellschafften, Zünfften, Aemtern, Kriegsdiensten rc. wann einmal das Vergehen gebüsset, abgestrafft, abgewandelt, oder, wie die Handwerker sprechen, abgewaschen ist, beständig gedultet? Es bleibt dahero wahr was **Böhmer** und **Kreß** in oben angeführten Orten ad lit. c. behauptet, und der berühmte Altdorfische Herr Professor **Heumann** in Init. Jur. Polit. Cap. XXI. §. 184. merket an: Scortatio in terris quibusdam censura ecclesiastica expiatur, quae quidem *hodie poenae ciuilis* naturam induit: nec placet omnibus, strupro infamiae notam inuri, *quamquam hodie, huius delicti macula uix attenditur*: Wollte man gleich einwenden, daß nach dem l. 27. C. de in off. test. ausser denen ehrlosen, auch die mit einer geringen Mackel bezeichnete oder schändliche Personen die Querel begründen können; so ist eines theils des Tribonians Verfahren bey diesem Gesetz aus Heinecc. diss. de leu. not. mac. bekannt, cf. Boehmer de qurel. inoff. fratr. consang. §. XVI. anderntheils eben so unausgemacht, ob die schwächende, und geschwächte Personen zu solchen schändlichen oder mit geringen Mackel bezeichneten Leuten nach dem Römischen Verstand

heuntiges Tags gerechnet werden können? Eben so läßt sich aus der oben sub n. 7. angeführten in der hiesigen Reformation vorkommenden Benennung, der verdammten Beywohnung, welche blos auf das sündliche Vergehen ihre Absicht hat, jetzó nicht gleich ein Ehrenwiedriger Effect abschliessen. Das Oberherrliche Additional-Decret vom Jahr 1610., so eben auch allegirt worden, schlieset zwar zur Strafe, von denen Geschwohrnen und Vorgehers-Stellen aus, es wird aber gar sorgfältig hinzugefügt: **Doch soll ein solcher seines Handwerks in andere Wege nicht unredlich seyn.** Diese Oberherrlich selbst beygefügte Einschränkung stehet der Unehrlichkeit eines Verumkeuschten entgegen, und läßt sich noch weniger, wie oben schon aus Heinecc. ad h. p. 165. erinnert worden, von der Zulassung zu Handwerks-Zünfften, und Ehren-Stellen auf den Fall eines unpflichtmäßigen Testaments, und umgewandt, füglich schliessen. Diejenigen die eine Verachtung bey ehrlichen Leuten oder eine geringe Mackel bey der Unzucht vertheidigen, können aber mit der Querel eben so wenig fortkommen, weil die Verachtung (infamia facti) nicht gleiche Würkungen in Gerichten hat, und durch Besserung leicht abgewaschen wird. Dn. Heumann l. c. Cap. XXXV. §. 289. in fine p. m. 420. Wachter de non ente ciuili, infamia facti. Und was n. 4. von der Mackel derer unehelich gebohrnen als ein Beweißgrund angeführet worden; wird nach Heinecc. diss. cit. c. I. §. 34. in fin. wenig-

nigstens in Ansehung des unpflichtmäßigen Testaments nicht als ganz ohnwiedersprechlich anzusehen seyn (*). Zu Verhütung alles Streits ist wohl das sicherste Mittel, wann die Obrigkeiten durch deutliche Verordnungen eine Meynung fest zu setzen geruhen wollten.

2.

Beytrag zu der Lehre von dem Einstand-Recht bey öffentlich-subhastirten Gütern.

§. I.

Die Frage: Ob ein Einstand-Recht auch bey denen öffentlich und gerichtlich verkauften Gütern Statt habe? wird bekanntlich stark bestritten, und ist die Uneinigkeit derer Rechtslehrer ungemein beträchtig, daraus aber auch die Ursache herzuleiten, warum bey Gerichten nicht unselten wider einander laufende Verabscheidungen angetroffen werden. Es fehlet keinem Theil an guten Gründen, und ist also nicht zu wundern, warum eine jede Meynung noch

*) Der anfänglich vorgetragene Fall ist vor dem Spruch verglichen worden, da ohnehin die Dina wegen geleisteter beschwehrlichen Dienste aus der Verlassenschafft billig einen vergeltenden Ersatz fordern konnte.

noch immer neue Anhänger bekommen, folglich die Uneinigkeit derer Rechtslehrer niemaln aufgehoben werden könne. Man beruft sich öfters auf die gemeine Meynung, welche in dergleichen strittigen Fällen den Richter eher zur Norm und Regul dienen soll. Aber da auf allen Seiten viele beystimmende Rechtslehrer angeführet werden können, und eben ohnehin nicht ausgemacht ist, woraus die Gültigkeit einer gemeinen Meynung zu beurtheilen, und welche Kraft derselben beyzulegen sey Bœhmeri diss. de cursu praescript. contr. minor. suspens. §. I. und vindic. iurid. pacti de non praestand. euict. contra communes errores §. I, So bleibt meiner geringen Meynung nach diese Materie immer ungewiß, und dagegen der sicherste Weg, wann durch Land- und Stadt-Gesetze, oder durch die Observanzen der Streit sein Ende findet.

§. 2.

Diejenige, so das Einstand-Recht bey öffentlichen Verkauf vor zuläßig halten, haben ihre Gründe. 1) Man beruft sich auf den ermanglenden Haupt-Unterschied in Ansehung der wesentlichen Stuck eines blossen privat- und des öffentlichen Verkaufs. 2) Es wird der nemliche Endzweck des Retracts bey schlechten Veräußerungen, und bey Subhastationen gezeiget. 3) Man suchet das Recht eines dritten zu retten, so nicht einmal durch das gerichtliche Ansehen zu verringern sey, dahero 4) sey die bekannte

Clau-

Clausul: saluo iure tertii auch bey einem solchen Verkauf kräftig. 5) Der öffentliche Verkauf geschehe zwar von dem Richter, aber im Nahmen und anstatt des Schuldners. 6) Jener könne also nicht dessen Obliegenheiten aufheben. 7) Die Rechte machten auch in Ansehung des Retracts keinen Unterschied zwischen einem privat- und öffentlichen Verkauf. 8) der l. 17. de reb. auctor. iud. possid. bestärke diese Gründe, 9) und diese Meynung werde von ansehnlichen Rechtslehrern vertheidiget, S. z. E. Reinking in Tr. de Retract. Consang. qu. IV. n. 54. sqq. Carpzov P. 2. Const. 31. d. 18. Alexand. Ludowis. in Dec. Rot. Rom, 193. Fromann in del. Jur. Wurtemb. th. 27. 5. 4. Harpprecht Resp. 74. n. 17. Mangil. de subhastat. q. 108. n. 19. d. q. 120. Lud. Post. de subhastat. inspect. 36. n. 17. sqq. Philippi de eod. arg. c. 4. comm. 12. n. 19. Faber in Cod. Sabaud. Lib. 8. tit. 16. d. 32. Christinaeus Vol. III. Dec. 55. n. 5. besonders hat dieser Parthey mit vieler Müh sich zugethan Wolfg. Ad. Schoepf in diss. sist. decad. quaest. circa materiam retractus qu. 3. Und neuerlich hat der hochansehnliche Herr Cammer-Gerichts-Assessor von Cramer in den Wezlar. Nebenstunden P. XV. n. VIII. p. m. 56. sqq. auch diese Meynung seines Beyfalls gewürdiget.

§. 3.

Von andern, die das Einstand-Recht verwerfen, werden nachstehende Säze ausgeführet,

1)

1) es sey in Ansehung des Retracts bey denen nothwendigen Verkäufen eine Ausnahm, 2) man müsse bey der Materie von dem Einstand-Recht, weil sie verhaßt und dem gemeinen Recht zuwider sey, eine einschränkende Auslegung erwählen. 3) Da die Subhastation öffentlich geschehe, so gereiche sie zu iedermanns Wissenschaft und habe also ein anmaßlicher retrahent durch sein Stillsitzen entweder stillschweigend eingewilliget, oder seinem Recht entsaget. 4) Man schliesse bey dem öffentlichen Verkauf mit dem Richter, einer öffentlichen und dritten Person, ein Geschäfte ab. 5) Die hasta fiscalis habe ein ohnverletzliches Recht, welches weder der Fürst noch einige Zeit mindern könne. l. 5. C. de iure fisci. 6) Gereiche die Festhaltung eines öffentlich abgeschlossenen Verkaufs zum gemeinen Nutzen. l. fin. C. si. propt. publ. pensit. 7) Diese Meynung vertheidigen eben auch bewährte Rechtslehrer, z. E. Tiraquell de retract. lin. §. gloss. 4. n. 8, sq. Berlich P. 2. Concl. 39. n. 63. sqq. et Dec. 98. n. 6. et dec. 123. n. 3. Tabor. de iur. et fid. hast, fisc. et de adj. th. 25. Joh. Voet. n. 23. de Leg. Commiss. Balthasar in Resolut. Jur. Bauar. tit. 10. res. 18. n. 3. Corasius in Miscellan. L. 3. c. 3. n. 3. et plures alii ab his citati. cf. Barth. dissens. in prax. cent. I. diss. 90. n. 1. Vor allen gehöret hieher Herr v. Lyncker Vol. I. Resp. XI. p. 112. sqq. und besonders verbiethen den Einstand bey bonis et debitoribus fiscalibus. Lauterbach Vol. II. c. 29. n. 22. Marc. Anton.

ron. Peregrin. de iurib. fisci Lib. 6. t. 14. n. 19. Einige dieser Gründe scheinen mir nicht brauchbar zu seyn, besonders läßt sich der zweyte nicht mit unsern teutschen Rechten, woraus eigentlich der Retract seine beste Erläuterung erhält, zusammen reimen.

§. 4.

Einige derer Rechtslehrer machen einen Unterschied zwischen einer freywilligen und nothwendigen Subhastation, und gestatten bey der erstern denenjenigen, so in den Verkauf eingewilliget, das Einstands-Recht nicht, wohl aber bey der letztern, so lange nemlich die Zuschlagung nicht erfolget, Herr von Leyser ad Pand. spec. CXIV. m. VII. Vol. III. p. m. 484. In der Lindauischen Satz- und Ordnung von dem Anstands-Zug oder Näher-Recht §. 21. in fine wird solches bey denen Frey-Ganten (subhast. uolunt.) denen Anverwandten nur bey Stamm- und von den Voreltern ererbten Gütern zugelassen. Andere schliessen das Einstand-Recht bey allen Subhastationen nur alsdann aus, wann die gerichtliche adjudication würklich erfolget ist. Struu. Exerc. 23. th. 6. Carpzou. P. 2. c. 31. d. 18. Richter dec. 76. n. 115. Meuius ad Jus Lub. L. 3. T. 7. art. 1. n. 18. sqq. Berger Cons. 555. Boehmer T. 2. resp. 807. n. 31. de Leyser l. c. Matth. de auction. Lib. I. c. 16. p. 197. Ja einige, so auch das Einstand-Recht zulassen, verstehen es noch vor

der

der Adjudication. Und es ist auch sonst schon bekannt, daß der auf die Verganthung folgenden Zuschlagung eine solche Kraft zugeeignet werde, nach welcher alle dingliche aber veränderliche Rechte, folglich auch die Pfandschaften gänzlich abgetilget werden, mithin hier eine Ausnahm von der Regul: das dingliche Recht gehet auf alle Besitzer, zu machen sey. Herr Estor in Gem. und Reichs-*Proc.* tit. CCXXII. §. 1870. setzet unter die Würkung des gerichtlichen Verkaufs: Nicht minder erlöschet das darauf haftende Pfandrecht *arg. l. 7. §. 2. D. de min.* Derowegen dem Pfandglaubiger die Ausflucht der nicht zustehenden Klag entgegen gesetzet werden kan *l. 6. l. 8. C. de remiss. pign.* Eben derselbe tit. CCXIX. §. 1842. I. Ein gleiches behaupten Herr von Wernher. Tom. I. obs. for. 268. et in suppl. nou. in fin. p. m. 298. sq. et P. IV. obs. 105. p. m. 836. Dn. de Leyser ad Pand. spec. CCXXXVI. m. 1. Vol. IV. p. m. 804. sq. Philippi de Subhast. cap. IV. comm. 18. n. 32. sq. Negusant. de pignor. membr. 3. p. 6. n. 25. Berger resolut. Lauterbach. tit. de leg. comm. animadv. p. 307. obgleich die auf einer Sache haftende Lasten, und überhaupts die innerlichen und unveränderlichen Rechte, wann sie nicht ausdrücklich aufgehebt seyn, auf alle Besitzer mit der Sache kommen müssen. S. Hn. Estor l. c. tit. CCXX. §. 1873. und tit. CCXIX. §. 1842. I. Consil.

Hal-

Hallenf. Tom. I. a XXVIII., p. m. 75. de Wernher l. c. de Leyser c. l. m. 7. p 810.

§. 5.

Es ist hieraus leicht zu urtheilen, daß aus dieser Uneinigkeit vielerley Irrungen erwachsen müssen, und man mit einer Zuversicht überhaupts keine gewisse allgemeine Regul abnehmen könne. So viel ist aber auch richtig, daß bey dieser Materie, besonders auf die teutschen Gesetze und Gewohnheiten vordersamst um so mehr gesehen werden müsse, da ohnehin bekanntlich das Einstand-Recht meistens mehr nach denen teutschen als fremden Rechtssätzen zu beurtheilen seyn mögte. Hr. Pütter in El. Jur. Germ. priuat. §. 560. Dahero erinnert der Herr Schoepf l. c. n. 18. nach angeführten Meynungen der Rechtslehrer wohl: Ante omnia igitur in enucleatione huius quaestionis ad iura prouincialia et consuetudines Germaniae respiciendum et iis insistendum. Wie, wann aber an einem Ort dergleichen statuta nicht vorhanden? Herr Schoepf l. c. fähret in Beantwortung dieser Frage also fort: *Quod si uero iura prouincialia et consuetudines Germaniae deficiant; uerius et aequius ex supra adductis rationibus cum communi doctorum opinione iudicamus, quod de iuris ueritate non solum in uoluntaria, sed etiam necessaria uenditione et subhastatione retractus ius, quibus de iure competit, intactus reliquendus sit.* Dadurch ist hingegen meines Dafürhaltens der Streit gar noch nicht gehoben. Denn eine durchgängig gemei-

meine Meynung ist nicht vorhanden, und die Uneinigkeit der Rechtslehrer streitet selbst wider den Begriff derselben. Eine jede Parthey glaubt *iuris veritatem* vor sich zu haben, und also ist noch immer eine Ungewißheit anzutreffen. Wenn die teutsche Gesetze und Gewohnheiten hier zu Rath gezogen werden, so mögte bey dem Zweifel endlich noch eher eine gewisse Meynung gefasset werden können. Denn aus deren Analogie würde eher ein gültiger Schluß gemachet und von dem Vorzug einer derer widerwärtigen Meynungen nach dem teutschen Genie mit desto bessern Grund geurtheilet werden können.

§. 6.

Der Verehrungswürdige Herr **Estor** in der teutschen Rechtsgelahrheit II Th. C. LVIII. §. 4265. behauptet: Nach Ausweiß der teutschen Rechte hat das Einstand-Recht auch bey der nothwendigen Verganthung statt, und §. 4266. Bey der willkührlichen Verganthung hat der Abtrieb ebenfalls statt. Wegen des erstern Satzes beruft sich Herr **Estor** auf das Culmische Recht, und Krockis tentamen exponendi usum iuris retractus in subhastationibus secundum ius Culmense, wie auch auf **Schöpfens** decad quaest cit. loc. Allein ein solch allgemeiner Satz erfordert eine stärkere Prob. Man kan zwar noch hinzuthun ord. prov. Wurtemb. tit 17 §. f. fol. 37. Und das Lüneburgische Stadt-Recht P. II. Tit. IV.

p. 32

p. 32. lässet nicht nur in denen von den Verkauffern selbst feil gebottenen Erb-Gütern, sondern auch in gerichtlich ausgeklagten, oder denen Glaubigern angewiesenen die Nähergeltung zu; allein es hat der Näher-Gelter nicht die gewöhnliche Jahres- und Tagefrist, sondern nur 6. Wochen Zeit-Raum, so bald offenbahr wird, wie theuer das ausgeklagte Gut dem Glaubiger annehmlich, oder von denen gesezten Verwaltern verkaufft wird. In denen Consuetudinibus austriacis p. 996. Cap. X. werden die retrahirende nächste Freunde allein nur ausgenommen, aber mit einem besondern Zusatz: Wenn einer, heißt es, von einer Schulden, oder von eines andern persönlichen Spruchs wegen, auf seine Gütter einen Ansatz erlanget, die Güter folgends geurlaubet werden, so ist es bishero bey Gericht zugelassen worden, daß die nächsten Freunde in die Ablösung der Güter einstehen mögen, *NB.* welches gleichwohl denen gemeinen Rechten zuwider ist. Ja es wird auch zwar in Cod. austr. P. I. p. 61. des Schuldners nächsten Freunden in gespännten Güttern das Einstand-Recht zugelassen, folglich nur bey dem Einstand-Recht wegen der Blutsfreundschaft allein was besonders gemacht, doch muß es in 6. Wochen geschehen, und ehe auf Anruffen des Glaubigers das Urlaub ertheilt wird; sonst wird der Freund weiters nicht gehöret.

§. 7.

Im Darmstädtischen hingegen soll der Einstand nicht statt haben, Schoepf l. c. Das Chur-Maynz. Land-Recht tit. XXXXIV. §. VI. verstattet dergleichen bey öffentlich versteigerten Gütern auch nicht. Die Fürstlich-Hessen-Casselische Verordnung wegen verschiedener Rechtsfragen vom Jahr 1749, §. III. will haben, daß bey einem öffentlichen Verkauf, wann solchen die Anverwandten wissen, kein näher Recht weiter Plaz greife; Herr Estor l. c. In Sachsen werden die Kinder nach Gerichtlicher Auflassung ohne Unterschied vom Retract ausgeschlossen Carpzov. p. 2. C. 31. dec. 12. Schoepf. l. c. de Wernher T. II. Obs. CCLXXVI. P. VIII. p. m. 348. Im Hohenlohischen Land-Recht Tit. V. §. 19. wird verordnet: das Loßungs-Recht solle allein in Kauffen und Verkauffen statt haben, ausgenommen, in dem Fall, wann man ein Gut öfentlich aufsteckt, und *sub hasta* verkauffet. Die Chur-Cöllnische Rechts-Ordnung P. I. Tit. XV. §. 2. saget: Gleicher gestalt, wann ein Gut auf Anruffen des Glaubigers durch das Gericht verkaufft wird, alsdann hat der Einstand nit statt, sondern, welcher also vor Gericht gekaufft, soll dabey ohne Eintrag der Anverwandten gelassen werden. In der Schauenburgischen Polic. Ordnung

Cap.

Cap. XXVII. stehet: Wann ein Gut verschuldet öffentlich von Gericht feilgebotten, und von den Eigenthümer selbst nicht verkauffet wird, da hat das Recht des Retractus nicht statt. Das Bayerische Land-Recht Tit. X. Art. 19 machet auch unter dem Noth-verkauff, in so ferne er von Gericht, oder dem Schuldner selbst, ob gleich auf Befehl des Gerichts, beschiehet, einen Unterschied; Wirdet ein Guet auff Antueffung der Glaubiger, oder sonsten aus nothwendiger Ursachen, durch Gerichts Hand, oder aus Befelch der Obrigkeit durch verordnete *Commissarios* öffentlich außgefeilt vnd verkaufft, in solchem Kauff hat der Einstand nicht statt, sondern der, welcher also vor Gericht oder Obrigkeit kaufft hat, soll bey seinem erkaufften Guet, ohne allen Eintrag der Freund gelaßen werden. Wurde aber gleichwohl die Obrigkeit den Schuldnern, deßen Vormundern, oder *Curatorn*, nothhalben das Guet zu verkauffen befelchen, vnd beschehe doch der Kauff in Nahmen des Schuldners, seiner Vormunder oder *Curatorn*, in solchen Fall hat der Einstand, statt, ob schon das Guet von Noth wegen verkaufft wird. Hieraus sowohl als aus dem Schauenburgischen Recht ist zu entnehmen, daß derer Rechts-Lehrer, so den Einstand allezeit zulassen, Gründe n. 5. 6. 7. oben §. 2. allerdings auch einen Abfall leiden, und zwischen einen Ver-

kauff des Richters, und des Schuldners der Würkung wegen einiger Unterschied seyn könne, §. 8. conf. tn. Herr Estor. l. c. §. 4221. Ill. Dn. de Cramer. l. c. §. 3. Meuii Jus Mecklenburg. in Westphal. monument. p. 817. verbiethet den Retract in öffentlich Schulden wegen aufgebottenen eigenthümlichen Gütern; hingegen bey Lehen und Fideicommißgütern aus begreiflichen Ursachen werden die von dem Geschlechte seyn, in dem zum Aufboth bestimmten Termin zwar zugelassen, hernach (nemlich nach gerichtlich vollzogenen Verkauf und erfolgter Zuschlagung) aber doch nicht mehr gehöret: §. 9. Wann mit eigenthümlichen Güttern darinn jemand *ex jure protimiseos*, oder durch Vergleich das *ius retractus* hat, es dahin gelanget, daß sie, daraus die *Creditorn* zu befriedigen, öffentlich zum Verkauff aufgebothen werden, mag solches Recht dagegen nicht gebraucht werden, sondern der Kauff, wann er einmal geschehen, bleibt dahin rührenden Zusprache halber ohngehindert beständig; bey Verkauff aber der Lehengüter, oder die einigen *fidei comiss.* unterwürfig, obgleich nach des Landes Rechten, und Vereinigungen daraus die *Creditorn* mögen bezahlet werden, sollen, die von dem Geschlechte seyn, auf das, so ein ander zu geben gemeynet und gebothen, in dem zum Aufboth bestimmten Termino zugelassen,

sen, hernach aber nicht gehöret werden. Die Naßauische Lands-Ordnung P. I. cap. 5. p. 19. lässet in denen an Zahlung von der Obrigkeit eingeraumten Gütern das Einstand-Recht nicht zu. Die Oelsische Landes-Ordnung p. 2. art. 4. gestattet auch denen Freunden keinen Retract nach dreymalig öffentlicher Feilruffung. In der Hochfürstl. Culmbachischen Landes-Constitution p. 14. tit. VI. §. 10. hat der Verkauff nach erfolgter Ubergab des Guts nicht statt, „sondern nur eine actio „ad interesse contra venditorem, es wäre dann „in fauorem retrahentis die clausula hypothecæ, „oder ein pactum commissorium hinzugesetzet, „oder der Käufer hätte von dem Vorkauff ge-„wußt und wäre in dolo gewesen.„ Die letzte Clausel kan wohl als allgemein angesehen werden, weil die erwiesene Gefährde niemand zu statten kommen, und auch die öffentliche Verganthung einen betrüglichen licitanten nichts helffen kan, wie Herr von Wernher T. II. obs. For. CCLXXVII. P. VIII p. m. 349. bestärket. Am deutlichsten und mit Eröfnung der Beweggründe, redet wohl von der Unzuläßigkeit des Einstand-Rechts die Braunschweig-Lüneburgische Gerichts-Ordnung Cell. Theils p. 983. XXV. Von G. G. Wir Ernst August ꝛc. demnach uns unterthänigst vorgetragen worden, was gestalt bey *Subbastirung* der Häußer in unseren Landen bisher viele und

allerhand Irrungen und *inconuenientien* daher entstanden, daß *post terminum subhastationis*, und öffters wann die Kauff-Gelder bereits ausgezahlt, sich noch ein und andere des *debitoris* Anverwandte, oder *Creditores* als *retrahenten* angefunden, und dahero ferner nicht unbillig zu besorgen, daß auch ins-künftige dadurch die Käufer vor der *licitation* entweder gar abgeschreckt, oder auch was sie eigentlich zu geben gemeynt, solches nicht mit so freyen Gemüth, wie sonsten zu biethen behindert werden mögten; Als haben wir, sothanen *inconuenientien* und Irrungen durch eine Verordnung abzuhelfen, und darunter etwas gewiesses in unsern Landen zu *determiniren*, die Nothdurft ermessen: Setzen derowegen . . . . daß wann hinführo Häußer, oder auch sonst andere Güter in unsern Landen öffentlich *subhastirt* werden, alsdann diejenige, welche entweder *ex iure agnationis*, oder *Crediti* das näher Recht daran zu *praetendiren* gemeynt in dem angesetzten *termino subhastationis* sich mit angeben, und wann das Bieten geschiehet, in eben solchen *termino*, ob sie das Hauß oder Gut für den geschehenen Both zu behalten gemeynt sich erklären, wiedrigens Falls aber, und wann solches von ihnen sogleich nicht geschiehet, davon ausgeschloßen, und des *iuris retractus* verlustig seyn sollen rc. rc. Hanover 1695.

Eine

Eine gleiche Verordnung stehet in denen Braunschweig-Lüneburgischen Landes-Constitutionen Zell. Th. p. 50. de anno 1699. Ja es finden sich Statuten, wo die öffentliche Feilbiethung zur Sicherheit wieder alle Ansprüche, also auch den Einstand, vorgekehret wird. Dahero, wann nach denen Schwartzburgischen Statuten Lib. II. Art. 21. ein Burger oder Amtsaß ein Gut verkaufft, und deßwegen nur einen Zettel öffentlich anschlägt, auch vier Wochen wartet, so kan der Freund sich des Einstand-Rechts nicht bedienen, er könne dann eydlich betheuren, daß er von dem Verkauff nichts gehöret habe. Von der Würkung der blossen öffentlichen Ausruffung redet auch der Giesser Stadtbrauch qu. 5. vom Jahr 1573. in des verehrungswürdigen Herrn Reichs-Hofraths von Senkenbergs Abhandlung de iure hassor. priuat. antiq & hodiern. In Herrn J. A. Hoffmanns diss. de retractu praecipue secundum statuta S. R. J. Lib. civit. Lindauiensis competente §. XIII. findet man dahero auch die Anmerkung: Hinc excluditur a retractu, cuius negligentia inculpa est, quod alienationem nesciuerit e. gr. si per praeconem aliumue modum alienatio est prociamata, uti apud *Lindauienses* (Lind. Anst. ordn. §. 34.) *aliosque populos* fieri solet, & retracturus illam proclamationem audire neglexerit, exceptio ignorantiae uel restitutionis in integrum opponi nequit.

§. 8.

Es ist also wohl nicht zu laugnen, daß man nicht gleich sagen könne, nach denen teutschen Rechten habe das Einstand-Recht bey nothwendig und willkührlichen Verganthungen statt. Nun ist zwar nicht ohne, daß bey einigen deutschen Gesetzen, und diesen und ienen Gerichts-Gebräuchen, auch wohl eine völlige Ubereinstimmung fehle, das leicht aus der Uneinigkeit der Rechtslehrer manchmal den Ursprung haben kan: Unterdessen wann eine Meynung bey der Verwirrung, in Zweifel, und Ermanglung einer besondern Landes-Verordnung oder Gebrauchs zu ergreifen wäre; So wollte doch davor halten, daß das Einstand-Recht, zumahl bey nothwendigen öffentlichen Verganthungen, und insonderheit nach der erfolgten gerichtlichen Zuschlagung, ohne äusserst erhebliche Ursachen nicht Platz greifen könne (§. 4.) Der Sinn der meinsten Statuten setzet auch den würklich vollzogenen Verkauff zum Grund, und verschiedene Gerichtsgebräuche können zu weitern Beweiß angeführet werden. Wann also an einem Ort nicht eine andere Observanz vorwaltet; so dörfte bey der Uneinigkeit diese Meynung um desto eher den Vorzug verdienen, da die gemeiniglich angeführte Gesetze des gemeinen Römischen Rechts theils nicht im Wege stehen, theils nach denen teutschen Begriffen von denen gerichtlichen Verganthungen und Zuschlagungen nicht wohl anzuwenden, und überhaupts die Materie

vom

vom Einstand-Recht jetzo füglicher aus denen teutschen Sitten und Gesetzen zu erläutern seyn mögte. (§. 5.) Dadurch wird denen die einen Einstand zu nehmen haben, nicht allezeit ihr Recht benommen, sondern nur dessen Gebrauch in engere Schranken gesetzet. Es ist auch gewiß nicht ohne, daß bey besorglichen Retracten weniger Käuffer ein Belieben tragen, und viele die vergebliche Mühe erspahren werden. S. Herrn **Estors** Gem. und Reichs-Proc. Tit. CCXXII. §. 1877. Wann ein Retrahent während deren Licitationen stille sitzet, und endlich die Adiudication geschehen lässet; so ist derselbe schuld, daß er seine Befugnuß versaumet, und der Käuffer ein ohnhintertreiblich Geschäfft vor sich hat. Aber eben deßwegen wird sonst von einigen Rechtslehrern die Anweisung gegeben, daß bey Subhastationen annoch ein Zeitraum zwischen dem letzten Aufboth, und dem gerichtlichen Zuschlag offen zu lassen, folgbar desto eher der Käuffer wegen der Retrahenten Nachlässigkeit sicher sey. Herr **von Leyser** ad Pand. Spec. 477. m. 1. seqq. In der **Chur-Sächsischen** erläuterten **Proceß-Ordnung** tit. 39. §. 16. 17. wird diese Vorsicht auch festgesetzet. Herr **Schöpf** in decad. l. c. ist zwar einer andern Meynung, wann er n. 21. behauptet: quod nec post iudicialem resignationem & iudicis addictionem *de iure communi extra Saxoniam* retractus excludendus uideatur. Allein wie unsicher eine so allgemeine Beruffung auf das

jus commune extra Saxoniam beschaffen sey, läßt sich aus denen angeführten teutschen Gesetzen leicht urtheilen. Der Herr **Estor** hat selbst in Gem. und Reichs-Proceß Tit. CCXXII. §. 1870. die übliche Würkung des Gerichtlichen und Nothverkauffs nicht in Abrede gestellet, und dahero geschrieben: Nicht minder erlöschet das darauf haftende Pfand-Recht arg. l. 7. §. 2. D. de min. - - Ferner **könnten des Schuldners Verwande das näher Vergeltungsrecht nicht ausüben.** Und der schon angeführte Herr **Hoffmann** cit. diss. §. XV. lit. u. verwirft auch nach teutschen Rechten den Einstand bey Verganthungen nach beschehener gerichtlicher Zuschlagung. Zwar soll nach einiger Meynung das gesetzliche Einstand-Recht der Blutsfreund, und der bedungene Retract auch bey öffentlich und gerichtlich verkaufften Gütern dennoch deßwegen Plaz greiffen, weil eines dritten Recht, so entweder aus dem Gesetz, oder einem Vertrag herrühret, nicht benommen werden könnte. de Wernher T. II. Obs. For. CCLXXXVI. P. IV. p. m. 12. T. III. P. III. Obs. For. XXIV. p. m. 388. Schöpff. diss. de retract. conuent. & testament. §. 8. Allein gleich wie ein jedes Einstand-Recht, wann es einige Achtung in Gerichten haben soll, nothwendig entweder aus einem Gesetz, Gebrauch, Vertrag, oder Testament ꝛc. hergeleitet, und als gegründet angesehen werden muß; so ist meiner Meynung nach ein jeder Einstand in so ferner ei-

ner-

nerley, wann nicht durch ein Landes-Gesetz eine besondere Ausnahm sich vorfinden liesse. Nach der Gerichtlichen Zuschlagung würde also kein Einstand-Recht, es sey Gesetzlich, oder bedinget, oder sonst zugedacht, mehr Platz greiffen. Dahero der Herr von Wernher l. c. selbst seine Meynung dahin einschräncken müssen: Plane, si adiudicatio, quae loco traditionis est, accesserit, retractum conuentionalem, quippe qui regulariter nonnisi ius personale parit, cessare, manifestum est. In denen teutschen Statuten findet man wenigstens so viel, daß nicht nur selten ein Unterscheid der Retracte bey der Materie angemerkt sey, sondern auch die Zuschlagung allerdings auch bey bedingten Einstand-Recht die angeführte Würkung habe. So steht in Mylii Corp. Const. Magdeburg. nouiss. Pol. ordn. III. 92. Cap. XXII §. 18. doch soll niemand aus einer Verschreibung sich des näher Rechts wieder den dritten und vierten Besitzer gebrauchen, es sey (denn) die Gerichtliche Ubergab und Auflassung noch nicht dem Käuffer geschehen. In der Hochfürstl. Brandenb. Culmb. Landes-Constit. l. c. §. 10. heisset es: demjenigen, deme der Vorkauff vermittelst *convention*, oder anderer *disposition*, es sey durch Testament, Schenkung auf dem Todes-Fall, oder in andere Wege zukommt, soll derselbe, als lang die Ubergab noch nicht geschehen, verbleiben, nach erfolgter Ubergab aber allein

lein die *actio ad interesse contra venditorem competi*ren, es wäre dann, daß *in fauorem retrahentis* die *clausula hypothecae*, oder ein *pactum commissorium adiiciret* worden; oder auch der *Emtor* von dem Vorkauff gewußt, solchemnach bey dem Kauff *in dolo versiret* wäre. In Meuii Jur. Mecklenburg. in Westphal. moniment. l. c. § 6. wird verordnet: Wann jemand der *agnation* oder Geschlechts wegen das *ius protimiseos* hat, solches mag von ihm innwendig Jahr und Tags *retrahiret* und von dem *possessore* zuruck gefordert werden; wann aber das *ius retractus* blos aus einer *conuention* herrühret, findet es wieder den Käuffer nicht weiter statt, dann so lang die *tradition* nicht geschehen, wann aber derselbe vor dem Besitz den Zuspruch erhalten, mag er aus dem zwischen andern getroffenen *pacto* nicht belanget werden, es sey dann das *pactum*, und das dem andern daraus zustehendes Recht wohl wissend gewesen, und also zu dessen Nachtheil der Kauff getroffen, oder auch das *pactum* mit einer *hypothec* an dem verkaufften Gut versichert; wieder den Verkauffer aber und dessen Erben, so durch das *pactum* verbunden, bleibet ihm auf das *Interesse*, welches ihm daran gelegen, daß der Kauf nicht geschehen sey, die Zusprache. Ob nun gleich in dem Mecklenburgischen und Culmbachischen Recht nur von Privat-Verkauffen die Rede ist, weil sonst die versicherten Pfandschafften auch

nichts

nichts helffen würden, (§. 4.) so ist doch abzu-nehmen, daß bey einem bedungenen Retract, noch weniger was besonders zu behaupten, und Wern-hers l. c. Meynung eben so gegründet nicht sey. Ausserdeme aber ist auch aus dem Mecklenburgi-schen Recht l. c. (oben §. 7.) ausser Streit gesetzt, daß bey gerichtlichen Nothverkauff eigenthümli-cher Güter kein Einstand, er sey gesetzlich oder be-dingt und verglichen, Platz greiffe. cf. Hoffmann diss. l. c.

§. 9.

In manchen Orten wird frembden oder sonst unberechtigten Personen nicht erlaubet, liegende Güter oder andere Sachen zu kauffen, und haben dahero die Innwohner einer gewissen Stadt, eines ganzen Landes, auch nur die An-säßigen innerhalb einer Markung, vor Auswär-tigen den Vorkauff, wo nicht diese sich auch daselbst häußlich niederlassen wollten, z. E. Hochfürstl. Brandenb. Culmb. Landes *Constit.* p. 14 T. VI. §. 7. 8. Ja an manchen Orten wird nicht ein-mal der Retract ausländischen Bluts-Verwand-ten zugelassen. Schauenburgische Policey-Ordnung Cap. XXVI. n. 18. Herrn Estors Gem. und Reichs-*Proc.* Tit. CCXXIII. §. 1877. Hier fraget sichs: ob auch da eine frembde oder ohnberechtigte Person durch die Subhastation und Adjudication sicher sey? Wann ein würklich all-gemein ge- oder verbiethend Gesetz vorhan-handen, das nicht nur zu einiger Innwohner

Gun-

Gunsten etwas gebiethet oder verbiethet, Boehmer de praescript. contr. leg prohibitiu. §. III. so ist eine jede wiedrige Handlung ohnehin nichtig. Allein, waun eine frembde oder sonst ohnberechtigte Person bey einem offentlichen Nothverkauff zum Mitbiethen gelassen, und gar derselben das feilgebottene Gut zugeschlagen wird, so mögte wenigstens eine stillschweigende Ausnahm nicht zu verneinen seyn. Doch ist nicht ohne, daß ein solcher Käufer an manchen Orten zu einem anderweiten Privat-Verkauf angewiesen, oder wohl nicht leicht die Adiudication erhalten würde. Allhier in Nürnberg wird einem Unburger und Frembden der Besitz Burgerlichen Häuser nicht wohl verstattet. Additional-Decret von 28. Jan. 1671. Am Ehrlöbl. Stadt-Gericht soll man die Verordnung thun, daß die Verkauffliegender Güter in der Stadt an unverburgerte Kauffer nicht angenommen noch eingeschrieben, solches auch denen Unter-Käufern ernstlich verbotten werde. Wann ja einem solchen eine adiudication geschehen müßte, so ist durch ein anders Oberherrl. Additional-Decret vom 11. Dec. 1638. bereits kluge Vorsehung geschehen: Demnach sich ein Ehrl. Stadt-Gericht Bescheids erhohlet, was denenjenigen frembden und ausländischen Personen, denen etwa hiesige Burger-Haußer adiudiciret worden, anzuzeigen, ist befohlen, es dahin zu richten, daß dergleichen Personen, welchen hiesiger Burger liegende

de Stücke und Güter *iure Successionis* zufallen, oder iure crediti heimgehen, und adiudiciret werden, vermittelst eines *Reversus* versprechen, dieselbe innerhalb 2. Jahres-Frist ihres Gefallens wieder in Burgers Hände zu verkauffen, und in Zeit ihres Innhabens dem Kauf-Schilling nach zu verlosungen, und solchergestalt die *addit.* 1560. den 9. May zu verbessern. Ausserdem, und weil sonst die Adiudication an und vor sich schon eine starke Kraft hat, so ist in einem neuen Additional-Decret vom 4. Decemb. 1744. ertheilt: Dem Ehrlöbl. Stadt-Gericht die Deutung zu thun, künftig mit Adiudication Bürgerlicher Häuser an Unburger sich zu enthalten. Einem Juden wird im Nürnbergischen der Besitz eines unbeweglichen Guts versaget, folglich darf derselbe zur Licitation schon nicht gelassen, noch weniger demselben dergleichen Gut adiudiciret werden. Addition. Decret vom 10. Jul. 1728. Es ist auf die vorgekommene Erinnerung ertheilt, denen sämtl. Löbl. Amts- und Eigenherrschaften zu fleissiger Nachachtung zu bedeuten, daß, wann Juden liegende Gründe, entweder *directe* oder *per indirectum*, auch bey Insoluenz-Fällen, an sich bringen wollen, solches in keinerley Weise gestattet, auch ihnen auf dergleichen kein Amts- und Eigenherrl. *Consens* ertheilt, vielmehr dasjenige, was dagegen schon öfters Ober-

herrl. *decreti*ret worden, mit allem Fleiß befolget werden möge. Es giebt manchmal gewisse Gewerb und Gerechtigkeiten, die nicht ein jeder, oder nur dieser und jener, nach einer gewißen Ordnung, an sich bringen darf; dahero wird bey solchen allerdings zur Vorsorge die Licitation und Adiudication umgangen. Z. E. Addit. Decret. vom 23. Febr. 1752. Vor diesesmal will man gleichwohl die *Licitation* der Sch . . Spécerey-Crams-Gerechtigkeit vor sich gehen lassen, jedoch soll künftig allezeit, ehe und bevor zu dergleichen Vorhaben geschritten wird, vorhero mit der Löbl. *Banco-Deputation conferi*ret, und bis zu hinlänglicher der Sachen Prüf- und Untersuchung, zumahl in Absicht der vielerley daraus entstehenden *Inconvenientien* keine dergleichen Licitation mehr unternommen, oder für gültig geachtet werden. So wird in denen Additional Decreten vom 7. Aug. 1690. und vom 19. Aug. 1700. die Fürsehung gethan, daß Metzgers-Häuser nicht leicht ausser dem Handwerk anderswohin verkauffet werden. In denen *Additional-Decrete*n vom 1. Mart. 1720. und vom 10. Aug. 1728. wird verbotten, die Bauern-Güter an jemanden andern, als Bauern-Leuthe, die sie selbst bewohnen, zu verkauffen. Es ist also richtig, daß, wann ein Verboth ausdrücklich vorhanden, das verschiedene Besitzer ausschliesset, beydenen Licitation- und Adiudicationen sich darnach zu

achten,

achten, und nicht zu Verdrüßlichkeiten Anlaß zu geben sey. In der Reformation Tit. XXIII. G. XI. stehet zwar: Hete aber ain Aigenherr wissentlich ainem Burger, ain Paurn Gut auf dem Land zu Erb verlihen, Alßdann hat er nit macht denselben zu tringen, das Gut zu beziben oder zu verkaufen rc. mithin könnte auch dieses um desto eher bey dem Noth-Verkauf und Zuschlag Statt finden. Die vor angeführte Additional-Decrete hingegen scheinen doch eine möglichste Einschränkung dieser Ausnahm anzu rathen. Doch ist eine Ausnahm bey denen Gütern, die schon lange Zeit von andern, als Bauern, besessen worden, und die eigentlich nicht unter die wahren Bauern-Güter, so nothwendig des gemeinen Nutzens wegen bemannet und bewohnet seyn müssen, gehören. Bey der Feilbiethung einiger Gewerbe und Gerechtigkeiten, wird zur Vorsorge öfters der Verkauf unter denen Profeßions-Verwandten umgesaget, in welchem Fall nach dem Gerichtlichen Zuschlag selbige zum Einstand desto weniger zugelassen werden dörften.

3.
Von der Kraft eines Testaments, so ein Auswärtiger und Frembder vor zwey Genanndten zu Nürnberg errichtet.

§. 1.

Es ist aus der hiesigen Reformation Tit. XXIX. L. I. bekannt, daß einem Nürnbergischen

Burgerfrey stehet, ob er vor 7. Zeugen nach denen gemeinen Rechten einen letzten Willen errichten, oder sich des hergebrachten engern modi bedienen, und vor zwey Genanndten testiren wolle? Die Worte des statutarischen Textes lauten also: „Derhalben, vnd wann ain Burger, Bur„gerin, oder Innwohner diser Stat, sein „Testament oder lezten Willen, nit nach Zir„lichait gemainer geschribener Recht, ordnen vnd „aufrichten will, So mag er nach altem Her„kommen, vnd vermög Kayserl. vnd Köni„glicher Freyheiten, seinen lezten Willen in „schrifften, durch sich selbst, oder ainen andern „verfaßen, vnd vor zwenen oder mer, (*) des „klainern oder größern Raths personen, erzeu„gen, welche also denselben in Schrifften verfaß„ten begriff, in Gegenwart des Testirers verles„sen, verschließen, vnd siegeln, vnd ainer aus „jnen zu seinen Handen in Verwahrung nehmen „soll.„ In dem ältern Gesetzbuch vom Jahr 1484. Tit. XX. L. I. steht von der donatione mortis caussa: „Also das solliche Gabe vor zway„en genanten oder vor andern dreyen oder mer „glaubwirdigen Zewgen. oder sunst nach ord„nung der Recht. beweißlich geschehen soll ꝛc.„ Und L. 3. von denen Geschäfften überhaupts: „Die

(*) Der Obseruanz nach, werden niemals mehr als zwey Genanndte genommen. Doch wer drey, oder vier nehmen wollte, würde freylich keinen schädlichen Fehler begehen.

„ Die Geschefft sollen durch zwen oder mer ge„nanten des größern Raths als zewgen erzewgt.
„ Vnd darauf der erzewgung halb für krefftig ge„halten werden.„ Es wird also in dieser Stelle überhaupts hin die Gültigkeit der Geschäffte vor zwey Genanndten schlechterdings festgesetzet. Die Reformation vom Jahr 1522. Tit. XX. L. I. wiederhohlt zwar von der Schenkung auf dem Todesfall beynah eben die Worte, hingegen heißt es von denen Geschäfften L. 3. „ Die Geschefft **mögen** „durch zwen oder mer genanten des größern „Rats als zewgen erzewget werden, die auch „das Geschefft alßpald verschlyeßen, versigeln vnd „zu jrn Handen nemen sollen, vnnd darauff der „erzewgung halb für krefftig gehalten wer„den, — — — — doch ob eynich Geschefft „**nach ordnung der Recht**, gemacht wür„den, die sollen hiemit der Zewgschafft „halb nit für vnkrefftig geacht sein. „ In der Reformation aber vom 1564 wird der Anhang noch deutlicher wiederhohlt: „So aber yemand „sein Testament vnd lezten Willen nach ordnung „gemainer geschriebnen Kaiserlichen Recht, auf„richten wollt, das soll jme vnbenommen seyn ꝛc.„ Es ist also sogleich abzunehmen, daß ein Testament vor zwey Genanndten, und eines vor 7. Zeugen in gleicher Krafft seyn. Nur ist diese Frage entstanden: Ob ein Unburger, und ein jeder Auswärtiger, *Forensis*, gleichfalls vor zwey Genanndten kräfftig *testiren* könnne?

§. 2.

Es ist nun überhaupts hin sonst eine nur allzubekannte Wahrheit, daß ein Frembder, der eine Handlung sicher abschliessen, oder auch eine letzte Willens-Verordnung mit Bestand errichten will, die in dem Ort des Aufenthalts gewöhnlich- und Gesetzmässige Sollennien allerdings anwenden müsse, und daß sonach ein solches Geschäfft der äusserlichen Form nach überall gelten könne. Riccius von Statutis Lib. II. C. XV. §. 1. 2. 5. 6. Stenger in diss. de successionibus secundum statuta regulandis p. m. 41. F. C. Harpprecht de testam. iud §. 7. Schmid in Semic. I. controuers. 38. hat die Frage: utrum forensis secundum consuetudinem uel statutum loci, in quo restringitur testium numerus, testari possit? weitläuftiger untersuchet, aber auch in Gemäßheit derer sonst üblichen Rechts-Grundsätze bejahet. Joh. Sam Frid. Böhmer in diss. de efficacia statuti personalis extra teritorium §. II. schreibet: Sic namque conclamatum in foro est, actum unumquemque secundum *leges loci*, ubi gestus, legitime celebratum, *ubique terrarum*, tametsi aliae ac plures solennitates ad eius ualorem ibi necessariae, pro ualido & obligatorio haberi, et secundum hoc principium pro eius obseruantia pronunciari — — Similis inspectio occurrit circa *testamenta*, quorum sollennitates non sunt ubique eaedem, sed multis modis differunt. Interim si postrema dispositio coram *duobus testibus* alicubi facta, ubi plures per legem non requiruntur,

tur, illa ex sententia omnium JCtorum etiam ibi effectum habitura, et tum ius agendi, tum excipiendi productura est, ubi plures ad condendam eam perscriptae; de Coccei de fundat. in territ. pot. T. VI. §. 1. Der verehrenswürdige Herr Prof. Heumann in Vol. I. Exercit. Jur. Vniuers. Spec. II. §. X. XI. p. m 15. will von einem Frembden eben dahero die an einem Ort gewöhnliche Formalitäten der Testamente beobachtet wissen, wann auch gleich dieselbe ihren Ursprung aus einem gewißen *Priuilegio* herzuhohlen hätten: Si peregrinus, heist es, testamentum condere cupiat: formam in ciuitate uel loco, quo commoratur, usitatam seruato, etsi forma ista ex priuilegio quodam proficiscatur. Testamentum moribus loci congruenter compositum ubicunque terrarum, atque adeo ratione fortunarum alibi sitarum, firmum iudicatur. In solcher Rucksicht ist ein letzter Wille eines Nürnbergischen Burgers Sohn, der im Mogolischen Reich vor dem Holländischen Legations Secretaire und zweyen Zeugen, mithin auf die dortselbst gewöhnliche Art, testiret hat, als kräfftig ausgesprochen worden. Consult. Comment. ad Ref. Tom. I. Sect. I. §. XIII. p. 69. Bey denenjenigen Landes-Gesetzen, wo nicht nur Burgern, Innwohnern, Hintersaßen, sondern auch Frembden, die sich an dem Ort aufhalten, eine gewiße Norm vorgeschrieben ist, wird desto weniger Anstand genommen werden können, eine letzte Willens-Verordnung eines forensis vor gültig zu erklären, wann nur die vorgeschriebene äusserliche Form des Orts sorgfältig

beobachtet worden. Hiehero gehöret einigermassen die Frankfurther Reformation. vid. Editio de 1579. in praef. ingleichen Sat. Luneb. P. IV. Tit. I.

Bey der Nürnbergischen Reformation und der darinnen geordneten Art, einen letzten Willen vor zwey Genanndten zu errichten, mögte nun auch eine eben gleiche rechtliche Meynung zu hegen, und eines also testirenden Frembdens letzter Wille darnach vor gültig auszusprechen seyn, zumahl da ein Testament vor zwey Genanndten in Nürnberg überhaupts gültig ist. J. S. F. Böhmer l. c. §. XIII. p. m. 27. und ein widriger Wille derer Hohen Herren Gesetz-Gebere nicht ausdrücklich vorhanden, annebst durch die blosse Benennung der Burger, Innwohner, nicht sogleich Frembde, völlig ausgeschlossen worden, auch der Hauptzweifel, so aus denen Worten der Reformation: Kayserl. Königl. Freyheiten, jederzeit entstanden, sich noch wohl würde sehr scheinbahr heben lassen. Dann ohne jetzt die von belobten Herrn Dr. Heumann l. c. festgesetzte Wahrheit hiehero anzuwenden; so stehet besonders zu erwägen, daß diese Worte lediglich nur auf die Art und Weise zu testiren, nicht aber auf die Personen derer Bürgere zu deuten seyn. Der §. Nachdeme die gemaine rc. L. I. Tit. XXIX. wird wohl Ueberzeugung bewürken. Man hat also mehr die Einführung dieses kurzen Wegs wieder die beschwehrlichen Weitläuftigkeiten des gemeinen Rechts auf die berührte Freyheiten, und das alte Herkommen begründet,

det, als solche engere Methode zu testiren nur blos denen Burgern durch einen gesetzlichen Freyheits-Brief eigen machen wollen. Die ältern angeführte Reformationen gedenken von solchen Freyheiten gar nichts, sondern bestimmen nur, wie die §. 1. angeführte Stellen besagen, die Statuten-mässige Art, einen letzten Willen zu errichten. Ausserdeme so dünket mich nicht ungereimt zu seyn, wann die in der Reformation von 1564. enthaltene, und in den ältern Editionen von 1484. 1522. nicht befindliche Wort: Kayserl. Königl. Freyheiten, einer andern Auslegung wohl unterworfen wären. Es ist nemlich sonst nicht unbekannt, daß zu ältern Zeiten die verschiedene Gebräuche und Gewohnheiten derer Städte durch Kayserl. Privilegien öfters bestättiget, und von dahero endlich solche Materien nachgehends in die Statuten und Gesetz-Bücher einverleibet, ja so gar die Sammlung der Gesetze selbst mit dem Nahmen: Der Stadt Freyheiten, *priuilegiorum ciuitatis*, beleget worden. Ich darf mich Kürze wegen nur auf Herrn Eckhards Hermeneutic. l. c. Lib. II. C. I. §. VI. und auf die daselbst befindliche Beweise beruffen, ob gleich noch mehrere angeführet werden könnten. Diesemnach wird der Verstand der Worte: Kayserl. Königl. Freyheiten, noch weniger dem Testament eines Auswärtigen vor zwey Genanndten zuwieder seyn, und derselbe selbst durch die Ausdrücke der Reformation von 1564. gerechtfertiget werden können, da §. Nachdem ꝛc. die Umgehung

der vielen Zierlichkeiten gemeiner Rechte, und der engere, sichere Weg in Krafft sonderbahrer Kayserlicher Freyheiten, durch öffentliche Statuta von längster Zeit her denen Testirenden zugelassen ist, und §. derhalben, das Testament vor zwey Genanndten auf ein altes Herkommen, und Kayserl. Freyheiten, gegründet wird.

Das Oberherrliche Additional-Decret vom Jahr 1606. so denen Unterthanen auf dem Land auch vor zwey Genanndten zu testiren erlaubet, schlieset doch die Frembden nicht aus, sondern steuert nur dem Zweifel, der wegen der Unterthanen auf dem Land sich erhoben, und enthält selbst, daß schon vorhero eine ziemliche Anzahl solcher Testamente in der L Canzley zu finden, folglich die ausdehnende Erklärung vor dem Decret schon Rechtens gewesen. Wann also von denen Gründen, wie sie bey Auslegung der Reformation erwachsen, die Rede ist, so mag ich nicht bergen, daß meiner Meynung nach, der letzte Wille eines Frembden vor zwey Genanndten zu Nürnberg sich noch wohl vertheidigen lasse.

§. 3.

Wann man aber von der Sicherheit, und dem einmal eingeführten Gebrauch redet; so bleibet, die Art zu testiren vor einem Frembden nicht nur gefährlich, sondern die folgende Gründe machen

chen einen solchen letzten Willen gar verwerflich. Der fürtrefliche Herr Commentat. ad Reform. l. c. Sect. II. §. 13. p. 69. versichert nach seiner grossen Erfahrung die Unsicherheit dieser Art zu testiren vor einen Frembden, und viele Rechtslehrer haben ein solches Testament zwar aus denen Begriffen eines in dem Text der Reformation befindlich seyn sollenden Privilegii, so blos derer Burgere Personen zum Augenmerk hat, vor ungültig erkläret. Riccius von Stat. l. c. §. 3. Hildebrand. in Introd. in Jur. princ. Lib. II. C. VIII. Tit. X. §. fin. et in diss. de obligat. forens. ex iur. Statut. §. 17. Wurffbain in differ. Jur. Civ. et Ref. Nor. Class. I. m. 2. S. I. th. 29. p. m. 71. Consil. Altdorff. 97. 98. p. m. 277. seqq. Allein nur die blosse Auslegung würde die Gründe §. 2. noch nicht überwiegen, sondern die nachstehende Umstände verursachen, daß heutiges Tages so schlechterdings eines Frembden Testament nicht wohl als gültig angesehen werden könne.

I. Zu ältern Zeiten war das Collegium derer hiesigen Consulenten selbst über die Materie nicht einig, und es erfolgte gar in Sachen G. R. contra P. R Testaments Executores d. 26. Jun. 1588. in erster Instanz ein an sich gegründeter Ausspruch, worinnen das Testament eines Frembden vor zwey Genanndten als gültig, und zu Recht beständig ausgesprochen worden.

II. Wieder dieses Urthel wurde hingegen appelliret, und, als sich auch hiebey, sonderlich in

An-

Ansehung des hier gewöhnlichen Appellabilitaets-Verfahrens über die Frage: ob die Appellation zuzulassen, oder abzuschlagen sey? ein abermahlige Uneinigkeit derer Juristen ereignete, von Hochlöbl. Magistrat der Altdorfische Jurist H. Donellus um das rechtliche Gutachten in einem Schreiben ersuchet, worinn die Stelle enthalten: de qua re cum diuersae Juris peritorum nostrorum sint opiniones, tuae quoque Excellentiae sententiam *utpote cui prae caeteris merito standum existimamus*, super hac quaestione sciscitari operae pretium duximus. Dieser Donellus hat die Sentenz der ersten Instanz als übel gesprochen angesehen, und die Appellation vor zulässig gehalten, wie das von ihm ausgestellte Gutachten in Consiliis Altdorffinis n. 97. p. m. 277. edit. Leucht. bewähret.

III. Wegen des Donelli Ausspruchs, und auch des von denen JCtis Ingolstadiensibus ausgestellten besondern Responsi in eben denen Consil. Altdorff. n. 98. p. m. 278. seqq. ist dann auch in der andern Instanz d. 18. Dec. 1590. eine Reformatoria erfolget, und das Testament als ungültig erkläret, ja dieses Urthel beym Höchstpreißl. Cammer-Gericht den 16. Febr. 1604. würklich bestätiget worden.

IV. Wann nun also die Gründe vor die Gültigkeit eines solchen Testaments noch so beträchtig seyn, und allenfalls die in denen Responsis Donelli et JCtor. Ingolstadiensium enthaltene Gründe

de jenen das Gleich-Gewicht nicht halten könnten; so ist einmahl von Hoch-Löbl. Magistrat diese Meynung genehmiget, und durch eine nach ordentlicher Verhandlung gedoppelt ausgefallene Sentenz beståttiget, folglich das Stadt-Gesetz authentisch ausgeleget worden.

V. In so ferne würde also bey vorkommenden Fållen, bis ein Hoch-Löbl. Magistrat eine andere Verordnung eröfnen låsset, eines Frembden Testament vor zwey Genanndten schwer zu retten, auch dahero zu begreiffen seyn, wie nach A. 1606. in dem Additional-Decret die Ausdehuung blos auf die Nürnbergischen Unterthanen auf dem Land, und nicht überhaupts auf alle Testirende verfüget worden? so daß dieses Additionale auch in dem Verhåltnus freylich wieder Frembde anzuwenden stünde, weil so gar erst auf die Unterthanen, die doch sonst denen Statuten unterworfen seyn sollen, eine Ausdehnung gemacht werden müssen.

§. 4.

Hiebey könnte doch die Frage entstehen: ob eines Frembden in Nürnberg vor zwey Genanndten errichtetes Testament, von desselben ordentlichen Obrigkeit, wann auch die Bedenklichkeiten §. 3. nicht vorwalteten, gleichwohl vor gültig anerkannt werden könne? Wer den obigen Vortrag §. 2. genau zu beherzigen beliebet, wird allerdings bejahend antworten dörfen, da zumahl, ohne nun

von

von der Verbindlichkeit eines Landes- und Stadt-Gesetzes ausserhalb dem Gebiet und Gerichts-Zwang, und denen hiebey sich ereignenden Strittigkeiten, auch verschiedenen Einschränkungen, zu reden, wovon unter andern nur der berühmte Herr Joh. Sam. Friedrich Boehmer in diss. de efficacia statuti personalis extra territorium nachgesehen werden kann, die Stände des Reichs das höchste und strengste Recht in solchen Handlungen, bey welchen nur die Sollennien unterschieden, alle aber zu Verhütung des Betrugs hinreichend seyn, gegeneinander nicht gebrauchen, sondern die Rechts-Regul gelten lassen, daß eine Handlung an und vor sich der äusserlichen Form nach, wann sie nur nach denen Gesetzen des Ortes errichtet ist, als gültig angesehen werden. Herr Riccius von Statutis Lib. II. C. 13. §. XXXII. p. 516. dahero heißt es bey Herrn Boehm. l. c. §. 10. recht: Hucusque constat de *summo* iure, quo quaelibet ciuitas extraneas leges, quoties ad eas penes se prouocatur, spernere ac contemnere potest. Quia tamen, si forum spectes, hoc iure non semper reguntur res publicae, sed non nunquam de obligatione ad leges extraneas seruandas ne dubitatur quidem, sed species emergentes ad eas ultro exiguntur. - - - operae pretium erit, fundamentum illud indagare. Und §. XIII. wird von unserer Materie also geschrieben: Contra testamenta, ad *solennitates loci* condita, plerumque *exteri* ultro agnoscunt, quia solennitates *solius sinceritatis* eruendae, et *fraudis* declinandae *caussa* requiruntur, et *prudentiae ciuilis opinionem* ubique

que pro se habent, consequenter exteris, quibus aliae placuere, non adeo praeiudicium pariunt, si de ualore testamenti apud eos agitur. Daß aber auch hiebey derjenige, der zur Gefährde und aus böser Absicht, nach Nürnberg sich begeben, und allda ein Testament vor zwey Genanndten machen wollte, seines Zwecks nicht so wohl wegen der Art zu testiren, als anderer im Wege stehenden Hindernussen, oder gar Unfähigkeiten, stark verfehlen würde, lässt sich wohl nicht widersprechen; wie dann überhaupts auch ein Unterschied zwischen einem der als ein Reisender, an einem Ort testiret, und dem, der nur ein Testament zu machen, wohin reiset, nach einiger Meynung vorwalten soll. Joh. Christoph. Pistor. Tract. iur. ciu. de testatore testibus testamentariis incognito, ubi simul differentia inter testamentum peregrinantis, et illius, quando quis in specie testandi caussa ad locum extraneum se confert, sistitur. Giess. 1757. Wann ein Nürnbergischer Burger mit Erlaubnus eines Hochlöbl. Magistrats, und mit Beybehaltung des Burger-Rechts, sich aus der Stadt begiebt, und anderswo, auch in anderer Obrigkeit seine Wohnung aufschläget; so ist wohl kein Zweiffel, daß ein solcher um so mehr und gewisser vor zwey Genanndten seinen letzten Willen errichten könne.

4.

Ob der Protestanten Strittigkeiten unter sich nach dem Entscheid-Jahr 1624. zu beurtheilen?

§. 1. (*)

Daß die verschiedenen gefährlichen Irrungen zwischen denen Catholischen und Verwannöten der Augspurgischen Confession, nach dem Religions-Frieden 1555, insbesondere die Evangelische Union und die Catholische Liga, nebst denen bekannten Böhmischen Unruhen 1618. den vor unser Teutschland noch immer dem Andenken nach schrecklichen dreyßigjährigen Krieg verursachet haben, ist allzubekannt. Herrn Cammer-Gerichts-Assessors von Cramer obs. iur. uniuers. CCCCIX § 18. p. m. 904. Es sind also wie alle Feindseeligkeiten, so auch alle die vorgewaltete Strittigkeiten durch den Westphälischen Frieden 1648. aufgehoben, und ist hauptsächlich hiebey die Haupt-Ruckſicht auf die Berichtigung des zwischen denen Ständen beeder Religion erforderlichen Possessions-Stands, in Ansehung der Religion, und andern theils davon abhangenden, theils damit verknüpften Gerechtig-

(*) Die Abhandlung ist bey Gelegenheit eines gewiesen Streits gefertiget, und zur Erläuterung dieser Materie einverleibet worden.

rechtigkeits-Ubungen, Kirchen-Güter und Einkünften, besonders aber des Reformations-Recht, genommen gewesen. Beede Theile hatten sich wegen eines solchen Termins lange nicht vereinigen können, indeme die Catholischen auf einer Seiten die Jahr 1627. 1630. für verträglich erachteten, die Augspurgische Confessions-Verwandten hingegen auf der andern Seite das Jahr 1618. zu behaupten sich angelegen seyn liessen. Herr Pütter in Grund-Riß der Staats-Verfassung des Teutschen Reichs p. m. 449. wornach Herrn **von Cramers** Anmerkung l. c. §. 35. in der Noten, eine Aenderung erleiden dörfte. Henniges ad J. P. art. V. §. 2. lit. a. p. m. 199. Hildebrand de anno decretorio in fin. praefat. Es war also ein endliches Auskunfts-Mittel zu Vereinigung beeder Religions-Verwandten, daß man weder jener noch dieser Absicht erreichen, sondern das Jahr 1624. durch den Frieden zum Grunde legen liesse, doch aber dabey in Ansehung der Pfalz, das Jahr 1618. zum Normal-Jahr fest gesetzet hatte. Herr **von Cramer** c. l. §. 35. Die wahre Beschaffenheit des Entscheide-Jahrs, dessen Anwendung und Krafft, ist bereits gründlich vor Augen gelegt. Hildebrand, Dithmar, Hoffmann de anno decretorio. In Ansehung derjenigen Strittigkeiten, so sich zwischen Catholischen und Protestantischen ereignen, ist dieses Entscheid-Jahr allerdings die richtige Norm. Nur bleibt die Frage: Ob auch die Protestanten unter sich und gegen einander nach

dem Entscheid-Jahr 1624. zu beurtheilen seyn: an und vor sich sehr wichtig, aber noch nicht ausgemacht. Nicht nur die Rechtslehrer sind hierinnen uneinig, sondern auch bey Höchstpreißlichen und des Reichs Cammer-Gericht hat man das Friedens-Instrument, oder vielmehr die vom Entscheid-Jahr handlende Stelle vor so zweifelhaft gehalten, daß auch Sr. Majestät des Kaysers, und des Heil. Römischen Reichs ächte Auslegung nothwendig geschienen. Dann in der bekannten Loccumischen Stritt-Sache zwischen Brandenburg und Braunschweig ist durch einen Bescheid d. 28. Sept. 1677. selbige an den Reichs-Tag verwiesen, und im Jahr 1695. in Sachen Frankfurth entgegen Hanau rc. eben auch keine Entscheidung gewaget, vielmehr diese merkwürdige Weissung nur eröfnet worden:

Daß Kläger, oder der Herr Beklagte, von der Kayserl. Majestät und des Heil. Reichs Ständen gebührliche Erläuter- und Erklärung, daß dieser special casus unter der disposition habitae possessionis uel quasi 1. Jan. 1624. Instr. Pac. art. V. §. quaecunque Monaster. 9. auch begriffen, und dieser Paragraphus auf die Augspurgische Confessions-Verwanndte, auch auf diejenige, so von Ihnen reformirt genennet worden, unter sich selbst gleichfalls zu verstehen, also die derentwegen im Jahr 1600. zu Speyer angefangene Rechtfertigung und bisherige

herige litis pendenz erloschen sey, beybringen, und alsdenn ferner ergehen solle, was Recht ist.

Die anverlangte Erklärung des Heil. Röm. Reichs, ist aber auch nicht erfolget, und vielmehr beym Höchst-preißlichen Reichs-Hofrath im Jahr 1731. über diese Materie weitläufftig gerathschlaget, hingegen abermahl verschiedene Meynungen zum Vorschein gebracht worden. Einige deren Herren Reichs-Hofräthe verneineten die Frage, und Anwendung des Entscheid-Jahrs 1624. auf die Protestanten unter sich; andere behaupteten selbige. Einige wollten eine Auslegung des Heil. Röm. Reichs haben, und vorhero keine Verabscheidung Platz greifen lassen. Herr **von Wernher** Tom. III. P. IV. obſ. for. XLII p. m. 521. Diese Auslegung ist aber bis dato noch nicht zu bewürken gewesen, folglich dörfte bey einem jeden solchen Fall, wegen der einmal vorhandenen Uneinigkeit immer die nemliche Schwierigkeit vorhanden seyn.

§. 2.

Wann ein Rechtsgelehrter eine solche strittig gemachte Frage, nach denen Reichs-Grund-Gesetzen beurtheilen darf; so träget man kein Bedenken, der verneinenden Antwort jederzeit den Vorzug zuzueignen, und selbige nur durch diese Haupt-Gründe geltend zu machen:

I. Die Veranlassung des dreyßigjährigen Kriegs, und die Haupt-Ursache des Westpälischen Friedens, besonders des festgesetzten Entscheid-Jahrs 1624. verbiethet die Anwendung desselben auf die Protestanten unter sich. Die Geschichte erproben ohnwiedersprechlich, daß die Catholischen auf einer- und die Protestanten auf der andern Seite gestanden. Die Bestimmung des Possessions-Standes nach einem Entscheid-Jahr war unter beyderley Religions-Verwandten strittig. Sie ist endlich nach beederseitigen Tractaten doch erfolget und das Jahr 1624. festgesetzet worden. (§. 1.) S. Herrn von Maiern Acta Pacis Westphalicae. Der Eingang des V. Artickels J. P. ist klar: Cum autem *praesenti bello* magnam partem *grauamina*, quae inter *utriusque Religionis* Electores, Principes, et status Imperii uertebantur, *caussam* et *occasionem* dederint, de iis, prout sequitur, conuentum et transactum est. Schilter de termino a quo restitut bonor ecclesiast. §. VIII. IX. beym Henniges p. m. 1982. Der ganze Inhalt dieses V. Artickels, so eben die Wiederherstellung in Ansehung der Beschwehrungen hauptsächlich zum Grunde setzet, wird überallen dieses verglichene Entscheid-Jahr nur auf die Stände beeder Religion gegen einander einschränken, s. z. E. §. 1. 2. 52. und allezeit die Anwendung desselben auf die Augspurgische Confessions-Verwandten gegen Catholische, und umgewandt, festsetzen. Solche Sprache führet das Friedens-Instrument bey dem Termin der Wiederherstellung überhaupts §. 2.

bey

bey dem Besitz der verschiedenen geistlichen Güter und Einkünfften §. 14. wo sogar die Catholischen und Augspurgischen Confessions-Verwandten nahmentlich, wie öffters, einander entgegen gesetzet seyn §. 15. 23. Und wann gleich in dem §. 25. quaecunque Monasteria &c. blos allein von dem Besitz der Augspurgischen Confessions-Verwandten Stände überhaupts in Ansehung verschiedener Güter und Gefälle nach dem Entscheid-Jahr 1624. die Rede gewesen; so zeiget doch eines theils der Zusammenhang, und der Innhalt des Artickuls, anderntheils der folgende §. 26., welcher von dem nemlichen Besitz der Catholischen in denen Landschaften der A. C. Verwandten handelt, eine abermahlige Ruckſicht auf das gleiche Verhältnus beeder Religionen cf. §. 46. Der Henniges ad J. P. Pr. art. V. p. m. 186. erläutert dahero die Worte: Quae inter utriusque Religionis &c. dahin: En locum insignem et notabilem, ubi status Imperii in *duas*, non tres Religiones omnium paciscentium Auctoritate atque suffragiis diuiduntur. Vt pudere proinde nouos illos Criticos et Censores inuenti sui, quo sibi tantopere placuere, merito debeat, qui nuper ferre mentionem de statibus utriusque Religionis noluere. Praeterea illud etiam hoc loco ostenditur, agi hoc articulo nostro non de omnibus grauaminibus Ecclesiasticis, sed de illis solummodo, *quae inter utriusque Religionis status uertebantur*. Nam quae Grauamina inter *solos Catholicos* uel *Euangelicos* intercedunt, ex alia lege dirimenda sunt. Sicuti *Euangelicorum* causa multa art.

7. infra conuenta inueniuntur. Noch jetzo wird, wann von dem Reichs-Gesetz-mässigen Verhältnus der Religionen gegen einander die Rede ist, blos beeder Religionen gedacht, und die Reformirten, nebst denen Lutheranern, werden als Augspurgische-Confessions-Verwandten, denen Catholischen entgegen gesetzet. Dahero einige neue Ausdrücke dreyer Religionen in solchem Gegensatz als ungewöhnlich bemerket worden von Herrn Moser in Neben-Stunden 4. Th. n. XV. p. m. 477. seq.

II. Es ist also zur Zeit des geschlossenen Westphälischen Friedens nicht daran gedacht gewesen, das Entscheid-Jahr 1624. auch unter einerley Religions-Verwandten anzunehmen, ja es hat bey ermanglenden Grund gar nicht wohl daran gedacht werden können: Mithin wäre die darnach anzustellende Beurtheilung der Strittigkeiten derer Protestanten unter sich wider die Absicht und den wahren Innhalt des offt gedachten V. Artickels: Folglich schlagen die Schlüsse von der verbottenen Auslegung eines Vergleichs auf das, woran nicht gedacht gewesen, allerdings ein. Daß übrigens dieses Entscheid-Jahr nicht so allgemein gewesen, und nicht nothwendig alle mögliche Irrungen darnach reguliret werden müssen, beweiset nur §. 13. Art. V. wo das Wort *aliunde* in einem weitläuftigen Verstand genommen werden kan. Henniges ad §. cit. p. m. 228. s. auch §. 47. inf. Dahero sind auch die in dem V. Artickel §.

25.

25. enthaltene Worte: *Vnicum solumque* huius transactionis, restitutionis, obseruantiaeque futurae fundamentum sit die 1. Jan. 1624. habita possessio &c. und §. 33. Annihilatis omnibus anni 1624. obseruantiae utpote quae *instar regulae* obtineat, contrariis &c. lediglich und allein auf die Beschwehrungen der Catholischen und Protestanten gegen einander zu verstehen, und nicht auf alle Beschwehrungen durchgehends auszudehnen, vielmehr ist der von denen Protestanten unter sich handlende VII. Artickel entweder als eine Friedens-Schlußmässige Ausnahm von der Regel Art. V. oder als eine andere Regul selbst anzusehen. Herr von Cramer l. c. §. 47.

III. Es ist daran um so weniger zu zweifeln, weil in dem angeführten VII. Artickel der Protestanten wegen besondere Vorsehung geschehen, welche theils nicht nöthig, theils anders eingerichtet gewesen wäre, wann das Endscheid-Jahr 1624. auch denen Protestanten unter sich ohne eine vorher gehende Veranlassung zur Norm dienen sollen. Dieser VII Artickel hat §. 1. im Anfang die völlige Gleichheit derer sogenannten Reformirten fest gesetzet, und dieselbe aller derer Rechte und Wohlthaten theilhaftig gemacht, die überhaupts in denen Reichs-Constitutionen und dem Westphälischen Frieden denen übrigen Catholischen, und der A. C. zugethanenen Ständen auch deren Unterthanen zugeeignet, und die insbesondere denen A. C. Verwandten in Rucksicht gegen

die Catholischen gegeben worden. In soferne haben auch sowohl die Catholischen wider die Reformirten, und diese wider jene, das Entscheid-Jahr 1624. zur Norm bey vorkommenden und hieher gehörenden Beschwerden anzunehmen. Das wollen wenigstens die Worte haben: Quicquid iuris aut beneficii, cum omnes aliae constitutiones Imperii, tum pax Religionis et publica haec transactio, in eaque decisio grauaminum *caeteris* Catholicis et Augustanae Confessione addictis statibus et subditis tribuunt, id etiam iis, qui inter illos (*) reformati dicuntur competere de-

(*) Diese Worte haben bekanntlich ehehin zwischen denen Lutheranern und Reformirten zu einem Wort-Gezänk Anlaß gegeben, da jene durch den Ausdruck inter illos, und nicht inter hos, eine Gleichheit mit Catholischen und A. Confessions-Verwandten insgemein verstehen, nicht aber die Reformirten als Genossen der Augspurgischen-Confession ansehen wollten. Es ist aber diesem Streit schon ehehin gerathen gewesen, Henniges ad art. VII. p. m. 817. seqq. und jetzo wird niemand zweiffeln, daß die Reformirten und Lutheraner, als eine Parthey gegen die Catholische, eine gemeinsame Sache zu machen haben. Es wird dahero, wie schon vorhin n. I. erwehnet worden, nur beeder Religionen im Reich gedacht. Die neueste Wahl-Capitulation Art. I. § 10. Art. II. § 8. Ja in Art II. §. 3. wird der nehmliche Art. VII. J. P. nicht nur bestättiget, sondern die Worte inter illos deutlich nach gegenwärtiger Verfassung erkläret: „Wie „Art. 7. unanimi quoque &c. (als nach dessen Inn-

debeat. Damit nun aber das nach dem Artickel V. zwischen Catholischen und Protestanten gegeneinder seine Anwendung findende Entscheid-Jahr 1624. nicht auch auf die A. C. Verwandte unter sich durch eine damalen wohl nicht vermuthete Deutung gezogen werden mögte, so wird gar sorgfältig hinzugesetzt: Saluis tamen semper statuum, qui Protestantes nuncupantur, *inter se*, et cum subditis suis conuentis, pactis, priuilegiis, reuersalibus et dispositionibus aliis, quibus de religione eiusque exercitio et inde dependentibus, cuiusque loci statibus et subditis *hucusque* prouisum est, salua itidem cuiusque conscientiae libertate. Ja in so ferne die Protestanten selbst unter sich zwey Theile ausmachen, so wird gleich darauf sowohl wegen des Reformations-Recht, als wegen der Religions-Ubung, Kirchen-Güter, und anderer Einkünfte, die besondere deutliche Verordnung nicht vergessen: Quoniam uero controuersiae Religionis, quae inter modo dictos Protestantes uertuntur, hactenus non fuerunt compositae, sed

P 5 ulte-

„ Innhalt all dasjenige, was denen Catholi-
„ schen und Augspurgischen Confessions-Ver-
„ wandten Ständten, die dieser Religion zu-
„ gethane freye Reichs-Ritterschaft mit einge-
„ schlossen, auch deren allerseitigen Untertha-
„ nen, zu gutem in gegenwärtiger Capitula-
„ tion verglichen und verordnet worden, eben-
„ falls denenjenigen, welche unter diesen Re-
„ formirte genennet werden, zu stehen und zu
„ statten kommen sollen) — — — stet, vest,
„ und unverbrüchlich halten. „

ulteriori compositioni reseruatae sunt, adeoque illi *duas partes* constituant, ideo de iure reformandi *inter utramque* ita conuentum est, ut si aliquis Princeps uel alius Territorii Dominus uel alicuius Ecclesiae patronus *posthac* ad alterius partis sacra transierit, aut Principatum, aut ditionem, ubi alterius partis sacra exercitio publico de praesenti vigent, seu iure successionis, seu uigore praesentis Tractatus Pacis, alioue quocunque titulo nactus fuerit aut recuperarit, ipsi quidem Concionatores Aulicos suae Confessionis citra subditorum onus aut praeiudicium, secum atque in Residentia sua habere liceat. At fas ei non sit, uel publicum Religionis exercitium, leges aut constitutiones Ecclesiasticas, *hactenus* ibi receptas, immutare, uel templa, scholas, hospitalia, aut eo pertinentes reditus, pensiones, stipendia, prioribus adimere, suorumque sacrorum hominibus applicare, uel iuris territorialis, Episcopalis, patronatus alioue quocunque praetextu subditis Ministros alterius Confessionis obtrudere, ullumue aliud impedimentum aut praeiudicium directe uel indirecte alterius sacris afferre: Et ut *haec conuentio* eo firmius obseruetur, liceat hoc mutationis casu ipsis communitatibus praesentare, vel quae praesentandi ius non habeant, nominare idoneos Scholarum et Ecclesiarum Ministros a publico loci Consistorio & Ministerio, si eiusdem cum praesentantibus uel nominantibus sunt religionis, uel hoc deficiente, eo loco, quem ipsae communitates elegerint, examinan-

nandos et ordinandos, atque a Principe uel Domino postea sine recusatione confirmandos.

§. 2. Si vero aliqua communitas eueniente mutationis casu Domini sui religionem amplexa, petierit suo sumptu exercitium, cui Princeps uel Dominus addictus est, liberum esto sine reliquorum praeiudicio, ei illud indulgere a successoribus non auferendum. At Consistoriales, Sacrorum Visitatores, Professores Scholarum et Academiarum, Theologiae et Philosophiae, non nisi eidem Religioni addicti sint, quae *hoc tempore* quolibet in loco publice recepta est. Aus dieser Stelle ziehet man diese wichtige Wahrheiten:

a.) Es wird des Entscheid-Jahrs 1624. nicht mit einer Sylbe gedacht, welches ganz gewiß geschehen wäre, wo dessen Anwendung bey denen Protestanten unter sich nach dem Friedens-Schluß Plaz gefunden hätte, da zumahlen das Friedens-Instrument zu desto besserer Gewißheit eine Sache mit gedoppelten Ausdrücken öffters bekräfftiget hat. Henniges ad art. V. §. 25. Litt. a. a. p. m. 230 und Litt. e. e. p. m. 335.

b.) Bey denen Protestanten unter sich sollen die Verträge, Freyheiten, Reverse, und andere Verordnungen ꝛc. wegen der Religions-Ubung, und anderer Puncten überhaupts gelten, ohne daß eine Einschränkung auf das Normal-Jahr 1624. gemacht worden wäre, wie in Ansehung der Verträge,

träge, Urtheile, Vergleiche und Concessionen ꝛc. zwischen Catholischen und Augspurgischen Confessions-Verwanndten beschehen Art. V. §. 2. 33. Henniges ad art. VII. §. 1. Litt. m. p. m. 819.: Cum inter Protestantes & Catholicos siue status siue subditos caussa uertitur, conuentum est articulo V. §. 33. ut pacta transactiones &c. quae inter tales immediatos Imperii status eorumque subditos de publico uel etiam priuato exercitio Religionis introducendo, permittendo et conseruando ante hac intercesserunt, initae et factae sunt, non aliter ratae ac firmae maneant, *quam quatenus obseruantiae anni 1624. non aduersantur.* Hic autem cum inter Protestantes ipsos res agitur, pacta, priuilegia, reuersales et dispositiones aliae, salua rataque maneant, siue huic obseruantiae conformia sint, siue aduersentur. Causa huius differentiae est, *quod Protestantibus inter se terminus ille regulatiuus et fatalis positus non fuerit*, adeoque illis in *controuersiis suis* iudicandis neque prosit neque noceat, *de quibus ex hoc nostro potius loco* est contendendum. Herr Moser loc. citand. infr. n. IV. Mascou. princ. Jur. publ. Lib. VI. c. II. §. XV. p. m. 391. Ohne Zweifel entheitert sich die ohnstatthafte Anwendung dieses Entscheid-Jahrs 1624. auf die Protestanten unter sich. Und damit die Worte saluis tamen &c. nicht als eine Ausnahm in Ansehung dieses Entscheid-Jahrs verstanden werden mögten, so wird

c.) Wegen der Protestanten, so ferne sie als zwey Theile unter sich zu betrachten, ein beson-

ders

ders Entscheid-Jahr fest gesetzet, welches so-wohl, als der Innhalt des ganzen VII. Artickels die Anwendung jenes Entscheid-Jahrs im V. Artickel desto überzeugender vernichtet, obgleich dadurch der gemeinen Sache der Protestanten wider Catholische nichts benommen wird. Henniges l. c. Litt. *p*. p. m. 832. Status Protestantes utriusque Religionis pro una saltem parte habentur, quoties ipsis res est cum Catholicis. Hinc art. V. semper fit mentio statuum utriusque Religionis, non trium Religionum. Quando uero inter ipsos Protestantes caussa uertitur, et Reformati cum Lutheranis habent, quod disceptent, tum uero dicuntur *duas partes constituere*, sine tamen praeiudicio *unionis* in ordine ad Catholicos, aduersus quos coniunctis animis uiribusque agunt, et sibi mutuo assistunt, ut *socii unius Religionis*, quam communi nomine Euangelicam uocant.

d.) Bey dem Reformations-Recht zwischen denen Protestanten, und in Ansehung der Kirchen-Gütter und Gefälle, ist nemlich darauf zu sehen, wie es mit der öffentlichen Religions-Uebung de praesenti, das ist, zur Zeit des geschlossenen Friedens, im Jahr 1648. beschaffen gewesen. Henniges l. c. Litt. y. l. c. p. 844. De praesenti autem hoc sibi uult, ac si dictum esset, *tempore factae pacis*, ex quo liquet, terminum anni 1624. non esse positum controuersiis terminandis, quae super exercitio Religionis inter Reformatos et Lutheranos uertuntur.

e.) Die-

e.) Dieses Entscheid-Jahr 1648. hat eigentlich auch nur künftigen Veränderungen vorgebeuget, wie die Worte: *posthac* ad alterius partis sacra transierit, nicht nur abschliessen lassen, sondern am Ende des VII. Artickels selbst deutlich eröffnet worden: Scuti autem supra dicta omnia de *mutationibus futuris* intelligenda sunt, ita iuribus Principum Anhaltinorum et similium, quae ipsis competunt, nullum adferant praeiudicium. Diese künftige Veränderungen ereignen sich entweder in Ansetzung eines neu erworbenen Landes, (aut principatum, aut ditionem — — seu iure successionis — alioue quocunque titulo nactus fuerit) oder in Absicht auf die Religions-Verwechslung eines Landes- und Oberherrns (si aliquis princeps, uel alius territorii dominus — posthac ad alterius partis sacra transierit) Henniges ad art. VII. §. 1. lit. g. p. m. 864. Herr von Cramer l. c. §. 50. Hieraus folget aber ganz natürlich, daß dieses Entscheid-Jahr nicht allen Protestantischen Ständen vorgeschrieben, sondern eben nur auf die künftige Veränderungen nach 1648. zu deuten sey. Nec annum 1648. *absolute*, sed *respectiue* tantum regulatiuum seu normalem esse in caussis ecclesiasticis protestantium *inter se*, schreibet Herr von Cramer l. c. §. 49. Es bleibet folglich das Reformations-Recht denenjenigen frey, und uneingeschränket, haben auch das Entscheid-Jahr nicht einmal, vielweniger ein anderes, zu beobachten, die vorhero schon in Besitz ihrer Länder und dieses

Rechts

Rechts gewesen, nur daß hiebey auch auf die Verträge oder andere Verordnungen gesehen werde. Art. VII. Dahin zielet die in dem Text befindliche Ausnahm derer Herrn Fürsten von Anhalt, mit dem Zusatz: et similium. Henniges l. c. p. m. 864. sq. Dieses erhärtet selbst der Catholische Ausleger Buckisch ad h. §. Sicut autem haec dicta quoad ius reformandi, de mutationibus futuris intelliguntur, sic statibus Imperii, quoad ius reformandi exercitium religionis in ditionibus, quas ante obtinuerant, nullum modum ponunt: Sed Protestantes eiusmodi principes ac status ad suae religionis ritus exercitium religionis reformare possunt, cui ipsi addicti sunt; modo pacta cum subditis uel statuum protestantium inter se non obstent. Talia enim pacta illibata seruari debent. *Ad annum uero 1624. inter se alligati non sunt*, nam *de iure reformandi inter ipsos non aliter, quam de mutationibus futuris hic cautum est.* Herr von Cramer l. c. §. 49. 50. Auch diese Anmerkung streitet wieder die Anwendung des Jahrs 1624. auf Protestanten unter sich.

f.) Die Protestantischen Unterthanen, so in eines Protestantischen Herrn Lande wohnen, der eben nicht ihrer Religion zugethan, werden doch allezeit toleriret, und kan dieser sie der Religion wegen, nicht ausschaffen. Dahin zielen die Worte §. 1. art. VII. Salua itidem cuiusque conscientia. Zwischen Catholischen und Protestanten soll zwar

auch

auch eine Toleranz seyn, doch ist sie, nach dem vor beede Religions-Verwandten gehörigen Entscheid-Jahr 1624. reguliret, und können dahero bekanntlich diejenige Unterthanen, so im Jahr 1624. keine öffentliche oder privat Religions-Uebung hergebracht, oder nach dem Friedens-Schluß ihre Religion geändert haben, entweder selbst emigriren, oder auch von dem Landes-Herrn zur Emigration angewiesen werden. J. P. art. V. §. 34. 36. In so ferne also bey denen Protestanten dergleichen Anwendung abermahlen wegfallen muß, folglich weder eine Emigration aufgeleget, noch eine freywillige anderst als nach denen sonst in Ansehung abziehender Unterthanen überhaupts üblichen Rechten beurtheilet werden kan. Hildebrand de intempestiuo ciuium discessu cohibendo, in so ferne ist abermahl der Schluß ohnwiederleglich, daß das Normal-Jahr 1624. und dessen Bestimmung sich nicht auf die Protestanten unter sich deuten, und daß selbiges mit dem von denen Protestanten und deren besondern Entscheid-Jahr handlenden Art. VII. sich nicht vereinbahren lasse. Die Worte Henniges l. c. Litt. n. p. m. 820. dienen herrlich zur Erläuterung: Per haec uerba (salua — conscientia) subditis protestantibus contra status Dominos Territoriales suos itidem Protestantes, sed qui diuersae ab illis sunt Religionis, paulo magis est cautum, quam si Catholico statui res est cum subdito Protestante, uel uice uersa. Quamuis enim hoc ultimo casu subditi etiam a Dominis Territorialibus libertati Conscientiae quisque suae

sint

ſint relinquendi, neque ad eiurandam religionem ſuam; amplexandaque ſacra Domini Territorialis cogi poſſunt, illi tamen, qui neque publicum neque priuatum ſuae Religionis exercitium anno 1624. habuere, iuberi poſſunt, ut emigrent, uel etiam expelli, ſi praefracte noluerint: at Proteſtantibus ſubditis a Principe Proteſtante Religionis cauſa migratio indici non poteſt, ſed tolerandi etiam ab *inuito* ſunt, et ſuae conſcientiae permittendi, ac uelut a poteſtate territoriali emancipandi, ut ab omni metu reformationis liberi tutique agere ibi poſſint. Quoniam autem his ſubditis emigratio imperari nequit, quaeritur, an ſi uoluntarie migrare, et uertere ſolum uelint, Dominum oporteat hoc eis concedere, neque ius impediendi ſit, ueluti art. 5. de iis ſtatutum eſt, qui ſiue a Catholico ſiue Proteſtante Domino emigrationem petunt religionis cauſa? Mihi ſane uidetur ceſſante ratione illius legis ceſſare etiam ius ex illa lege debitum: Fuit autem ratio legis ſuperioris, ut ſubditi diuerſæ a Domino Territoriali religionis ab omni ui conſcientiis ſuis metuenda ſecuri praeſtentur: Quare ſi ſtatus Catholicus ſubditum Proteſtantem tolerare amplius non uult, niſi mutet religionem, ut ſaltem ei hoc permittat, ut emigrare ſalua religione poſſit, quod etiam de ſtatu proteſtante et ſubdito Catholico intelligendum. Enim uero inter proteſtantes ipſos hoc non eſt extimeſcendum, ubi ſalua conſcientiae cuiusque libertas eſt ſtabilita, ut ſubditus opus non habeat, eam ob cauſſam beneficio emigrationis uti. Meo itaque iudicio diſpiciendum, quid iuris Prin-

ceps uel status extra respectum religionis in retinendo subdito migrationem moliente habeat: quid item iuris subditus in ciuitate mutanda? Böhmer J. E. P. L. V. Tit. VII. §. 214.

IV. Ueberleget man diese Umstände, und den ganzen Inhalt des VII. Artickuls unpartheyisch, so wird wohl schwehrlich ein würklicher Zweifel übrig bleiben, daß die Protestanten unter sich so wenig, als die Catholischen gegen einander, an das Entscheid-Jahr 1624. gebunden seyn. Man kan nicht finden, daß das Friedens-Instrument, oder vielmehr die von denen Entscheid-Jahren handlende Stellen dunkel, oder nur zweifelhafft seyn. Die Geschichte eröfnen den Grund, und die richtige Bestimmung des Jahrs 1624. Der V. Artickel redet deutlich von dessen Anwendung unter beeden Religionen, die im Friedens-Instrument hauptsächlich einander entgegen gesetzet worden. (§. 2. n. I.) Der VII. Artickul verordnet insbesondere ein Regulativ vor die Protestanten, so ferne sie unter sich wieder als zwey Theile zu betrachten wären. Die besondern Verordnungen (§. 2.) dieses Artickuls, lassen sich gar nicht mit dem Jahr 1624. zusammen reimen: folglich ist der wahre Sinn des Friedens-Instrument klar vor Augen, der dem andern Catholischen Theil ohnehin nicht denmindesten Nachtheil bringet; und also nicht wohl abzusehen, warum eine authentische Auslegung verlanget, und warum eine andere, als die vorgetragene, von Kayser und Reich erwartet

werden

werden könne? Der berühmte Herr Joh. Jac. Moser in diss. de pactis et priuilegiis circa religionem et alia ecclesiastica §. LXXX. in Select. Jur. cum publ. tum priuat. itemque ecclesiast. p. m. 111. schreibet dahero: Dubium tamen fuit subnatum: quatenus ea (pacta) secundum statum Anni decretorii diiudicanda sint? Si res uertatur inter partes, quae tempore pacis conclusae *diuersa sacra* coluere, decisio utique peti potest ex Instrumenti pacis huius art. 8. §. 33. ualent scilicet in tantum, in quantum statui anni decretorii non sunt contraria; in genere enim de pactis quibuscunque loquitur, nulla temporis distinctione admissa. Sed ubi tempore pacis conditae utraque pars *uel Euang.* uel *Catholicae* Relig. nomen dabat, anceps haesit ipsum Camerae Imp. Judicium: quid sit statuendum? remque Comitiali decisione indigere censuit, ex hoc ipso principio famosam illam et in hanc usque diem indecisam causam Loccumensem inter Serenissimas Domus Brandenburgicam et Brunsvicensem uertentem per Sententiam die 28. Sept. 1672. publicatam ad Comitia Imperii uniuersalia remittens, *praeter omnem tamen omnino necessitatem; si quod res est, licet edicere.* Non enim solum Serenissima Domus Brandenburgica occasione huius litis sed et alii JCti solidissime demonstrarunt, *Annum decretorium* (1624.) *plane non spectare ad unius religionis Consortes*, hinc Praeses (Moserus) quoque longo tempore ante, quam a Potentissimo Rege nostro in has Terras uocaretur, *satis mirari non potuit*, qui in hanc *sententiam descenderit antedictum Camerale Judi-*

cium. Herrn Strubens Neben-Stunden III. Th. n. XV. §. X. p. m. 263. Die diesseitige Meynung lässet sich auch mit dem Beyfall anderer ansehnlichen und einsichtigen Männer bestärken: Wir wollen nur einige hier anführen.

Herr Cammer-Gerichts-Assessor von Cramer l. c. §. 46.: Anni 1618. & 1630. ex quibus additis Annus 1624. ortus, cocernunt *tantum* statum possessionis in Ecclesiasticis, qui inter *protestantes* et *catholicos*, minime *inter hos inter se* controuersus fuit. *Ergo Annus iste minime regulatiuus est inter Protestantes, seu iis in controuersiis suis diiudicandis neque prodest neque nocet.* §. 47. Vi articuli VII. J. P. O. Obseruantia Anni 1648. in Ecclesiasticis *inter protestantes* teneat uim perpetuae Legis, ac instar *normae et regulae* quibuscunque *casibus futuris unice* habeatur.

Böhmer. Consult. & Decis. Tom. I. P. I. Resp. IX. n. 31. p. m. 156. „Weil aber dennoch der „ganze fünfte Articul nur blos von den Protestanten und Catholischen unter sich handelt, und unter „denen Protestanten sowohl Reformirte als Lutheraner begriffen werden; hergegen von denen „Protestanten, quatenus illi duas partes inter se „constituunt, erst in Art. VII. gehandelt, und „darinnen verordnet wird, daß man auf das „exercitium religionis, quatenus de prasenti ibi „viget. Art. VII. J. P. §. I. Ingleichen auf die „religion quae hoc tempore quolibet in loco publi-

ce

„ ce recept est, Art. VII. J P §. 2. in fin. se„ hen sollen, und dahero die commentatores „ gar wohl erinnern, terminum anni 1624. non „ esse positum controuersiis terminandis, quae „ super exercitio religionis inter reformatos et Lu„ theranos uertuntur, sed rem de praesenti et uti se „ habuit, quo conuenta haec fuere, esse aesti„ mandam Auct. medit. ad J. P. p. 844. Buckisch „ ad J. P. Art. VII. §. 2. obs. 14. So erhellet „ hieraus so viel, daß in diesen Streitig„ keiten nicht der *Terminus anni 1624.* sondern „ *anni 1648.* zum *Fundament* zu legen sey.„ S. Eben denselben J. E. P. Lib. III. Tit. V. §. 131.

Herr Pütter in Elem. Jur. Publ. Germ. Lib. IV. C. XII §. 803. Sub protestantibus siue A. C. addictis in pace Westphalica etiam Reformati comprehenduntur. Et quidquid adeo in art. 5. istius pacis ratione catholicorum statutum, id concernit catholicos ex una et protestantes ex altera parte, inque his non magis Lutheranos quam Reformatos, nulla amborum distinctione facta. *Contra non proinde ualet inter ipsos Lutheranos ac reformatos annus decretorius ibi praescriptus, nec quicquid de iure reformandi, emigrandi &c. ibi statutum reperitur. §. 804. De Lutheranis ac Reformatis inter se* seorsum statuit pax Westphalica art. 7. 1) Ut seruentur pacta, priuilegia, reuersales et dispositiones qualescunque, *non restrictae* uti *ratione catholicorum ad certum annum, sed indistincte.* 2) ut seruetur *quoque possessio, non tantum uti 1624. fuit* sed generatim ex natura pos-

sessorii, etiam momentanei, welche letzte Worte ohne Zweifel auf die Zeiten des geschlossenen Friedens, nach dem bekannten Ausdruck: de praesenti, zu deuten seyn.

Hildebrand de anno decretorio Cap. II. §. V. Sic exinde solide perspectum est, hunc terminum A. 1624. non extendendum ad *unius tantum religionis* consortes, utpote inter Catholicos inter sese, uel ad *protestantes, siue Euangelicos siue Reformatos, inter sese*; sed tantum ad illos restringendum esse, qui ratione religionis inter se tunc temporis contenderunt, atque bellis praeliisue decertarunt, ac postea in Tabulis instrumenti pacis ita paciscendo atque transigendo potestatem suam circa religionem circum scripserunt, *quae transactio ultra suos limites non est protelanda* l. 9. § 1. et 3. ff. de transact. *Nam tempore Pacificationis istius lis non erat hac in re inter Catholicos ipsos, aut ipsos Protestantes inter* se se, *sed inter Catholicos ab* una *et Protestantes ex altera parte.*

Herr *Godofr. Dan. Hoffmann* in diss. de anno decretorio 1624. an et quatenus ad politica spectet? §. XVII. p. m. 60. sq. In determinando igitur uero anni decretorii obiecto non tam ad internam causae et negotii alicuius, uel *ecclesiasticam* uel *politicam* indolem, quam potius ad externum et accidentalem magis, quam essentialem *personarum* earumque religionis respectum respiciendum. Quae si *una eademque* uel utrinque Catholica, uel *utrinque Euangelica*, licet hoc casu uel Augustanae Confessionis,

uel

uel Reformatae, caussa, siue nunc ecclesiastica siue politica, *ad annum decretorium neutiquam referenda erit.* Sin uero *diuersa*, Catholica et Euangelica, illud omnes quod inter personas hasce controuersum est, uerum et genuinum *anni decretorii* obiectum erit, siue nunc ecclesiasticum siue politicum.

Herr J. J. Moser in Neben-Stunden, III. Th. n. VIII. §. 1. p. m. 306. „ Muß die Sache Evangelische einer, und Römisch-„ Catholische anderer Seits, betreffen; in-„ deme zwischen beederley Sorten derer Evange-„ lischen unter sich der annus decretorius nicht „ Platz greiffet. „

J. G. *Pertsch* in El. Jur. Can. et Protest. Ecclef. Lib. I. T. IV. §. C. p. m. 81 Restitutio ex capite *grauaminum* ius irreuocabile tribuit, limitat priorem restitutionem (ex cap. amnest.) et obtinet saltem inter diuersae religionis consortes.

Herr J. J. *Mascou* in princip. Jur. publ. Lib. V. Cap. 1. §. XVII. p. m. 300. Intuitu *Catholicorum* et *Protestantium* status Anni MDCXXIV. fere pro norma est. *Inter ipsorummet* quoque *Protestantium partes* cancelli positi. Diese Schrancken der Protestanten unter sich führet aus den VII. Artic. Herr *Mascou* besonders an Lib. VI. c. II. §. XIII. seqq. p. m. 390. seq.

J. F Rhetius in diss. de iur. stat. Imp. circa Sacra cap. IV. n. 6.: Conformem me reddam ipsi Instrumento Pacis, quod in Art. V. *Jus statuum Imp. Catholicorum et protestantium* circa sacra tractat; remittit uero *ius protestantium* inter se *ad articulum VII.*

Hieher gehören auch die schon angeführte Stellen aus Henniges und Buckisch, die nebst noch vielen andern das Entscheid-Jahr 1624. nur auf die Strittigkeiten der Catholischen und Protestanten gegen einander, nicht aber der Protestanten unter sich, angewendet haben.

§. 5.

Die Materie wegen der Anwendung des Entscheid-Jahrs 1624. auf die Protestanten unter sich, hat verschiedene Streit-Schrifften verursachet, die zu Beurtheilung der Gründe und Gegen-Gründe nicht wenig beytragen. Daß das Entscheid-Jahr auch unter Protestanten anzuwenden sey, wird behauptet in Cranzii diss. de eo quod circa reditus bonorum ecclesiasticorum ex alieno territorio debitos in Imperio inter status hodie iuris est, Argentorat. 1685. und in der kurzen jedoch gründlichen *Information* in Sachen Franckfurth *contra* Hanau, die in dem Gräflich Hanauischen *Territorio* gelegen, so genannten Weisen Frauen-Closter Güter, Renthen, und Gefälle betreffend 1687. Beede zu Gunsten Hanau gefertige Schriften, hat Henniges Sp.

X.

X. p. m. 1703 — 1798. und die Hanauische Information auch Lünig in der Grundfeste Europäischer *Potenzen* Gerechtsame II. Th. p. m. 517 — 531. einverleibet. Hiehero gehören auch die von dem Hause Braunschweig wieder Brandenburg, in der bekannten Loccumischen Sache gehegte Principia, ingleichen die neuere Controvers bey Herrn von Wernher Tom. III. P. IV. obs. For. XLII. p. n. 521. Hingegen hat Cranzii dissertation gründlich wiederleget Joh. Wilhelm Itter in disquis. iur. publ. de bonis ecclesiast. eorumque ex alieno territorio debitis reditibus inter protestantes Imperii status controuersis &c. Francof. 1687. und der Hanauisch. Information ist entgegen gesetzet: *In iure et facto* wohlgegründete Gegen-*Information* In Sachen Frankfurt *contra* Hanau, die in dem Gräfl. Hanauischen *Territorio* gelegene zu den weisen Frauen-Kloster gehörige Güter, Renthen, und Gefälle betreffend, von welcher Joh. Christ. Itter, ein Bruder des vorigen, der Verfasser ist. Beede Schriften stehen auch bey Henniges p. m. 1799 — 1977. und die Gegen-Information auch beym Lünig l. c. p. m. 531 — 549. S. auch von dem Streit Böhmer in J. E. P. Lib. III. Tit. V. §. CXXXI. cf. J. Schilteri diss. de Termino a quo restitutionis bonor. ecclesiast. ad J. P. Art. V. §. 2. Die Gründe des Hauses Brandenburg wieder Braunschweig in der Loccumischen Sach findet man in der neuesten Edition von Schweders Theatr. Praetens. et controuersias. illustr. P. I. p. 437 — 441.

§. 4.

In erzehlten Streit-Schriften, besonders aber in der angezogenen Disquisit. Jur. publ., wie auch in Schweders Theatr. l. c. sind die vor des Entscheid-Jahrs 1624. Anwendung auf einerley Glaubens-Genoßen, und hauptsächlich die Protestanten unter sich, beygebrachten Gründe, bereits hinlänglich wiederleget, und kann schon die wahre Auslegung des Westphälischen Friedens selbst die allenfallsige Einwürfe sogleich vernichten. Es sind aber dennoch in neuern Zeiten die aus Herrn von Wernhers obs. For. l. c. entlehnte Sätze vor die Anwendung des Entscheid-Jahrs 1624. angeführet, und als ohnumstößlich angesehen worden. Man beruft sich nemlich

1. Auf die Haupt-Absicht und den vorzüglichsten Endzweck des Friedens-Schlußes, nach welchem alle Strittigkeiten, so wegen der Religion, und Restitution der Kirchen-Güter entstanden, auf einmal abgethan seyn sollten; nun seyen aber zwischen Lutheranern und Reformirten eben auch dergleichen Uneinigkeiten vorhanden gewesen, wie nur aus der Streit-Sache Frankfurth entgegen Hanau abzunehmen stehe;

2. Es geschehe eines Entscheid-Jahrs der Protestanten unter sich ausdrückliche Meldung, Art. IV. §. 19. und Art. V. §. 48. J. P.

3. Man könne nicht vermuthen, daß denen Protestanten gegen einander in Ansehung des Refor-

mations-Rechts freyere Händen gelassen worden seyn sollten, als denen Catholischen, welches gleichwohl bey unterbleibender Anwendung eines Entscheid-Jahrs behauptet werden müßte.

4. Habe man, da der schwächere Protestantische Theil von einem mächtigern unter dem Schein des Reformations-Rechts, gedrucket werden könnte, die grösten Beschwehrlichkeiten zu besorgen;

5. Erfordere die Anwendung dieses Entscheid-Jahrs, die in dem Westphälischen Frieden festgesetzte Gleichheit unter denen Religionen.

6. Nach dem VII. Art. J. P. sollen die Reformirten sich aller Rechte und Wohlthaten zu erfreuen haben; folglich ist auch das Entscheid-Jahr 1624. darunter gemeynet, nur mit dieser Einschränkung, daß die Verträge gelten müssen.

7. Es seye falsch, daß die Protestanten auf einer Seite gestanden, dann sonst hätte man die ausdehnende Verordnung Art. VII. in Ansehung der Reformirten nicht nöthig gehabt; diese wären also als die dritte Religion anzusehen, die vorhergehenden Stellen des Friedens-Instruments aber nur von denen Lutheranern allein zu verstehen;

8. Durch den Frieden habe man nicht allein die künftigen Streitigkeiten verhüten, sondern auch die in vergangener Zeit vorhanden gewesene abthun wollen.

9. Das

9. Das Wort: caeteris in VII. Art. pr. rechtfertige den Schluß, daß die Lutheraner allein paciscirende Theile gewesen.

10. In dem VII. Art. seye eigentlich eine doppelte Verordnung anzutreffen, einmal so ferne die Catholische und Reformirte, und darnach so ferne die Lutheraner und Reformirte einander entgegen gesetzet seyn;

11. Eine Observanz bestättige die Anwendung des Entscheid-Jahrs; dann niemahlen hätten die Lutheraner und Reformirten ein ohneingeschränktes Reformations-Recht ausgeübet.

§. 5.

So scheinbar nun diese Gründe dem ersten Ansehen nach beschaffen, so gründlich können doch dieselbe mit diesen kurzen Anmerkungen abgeleinet werden. Dann

1. Die Haupt-Absicht des Friedens-Schlusses war zwar allerdings die Beylegung aller Strittigkeiten; es ist aber nicht zu widersprechen, daß die zwischen denen Catholischen und Augspurgischen Confessions-Verwandten vorgewaltete gefährliche Irrungen eigentlich die Ursache des Krieges, und der Haupt-Innhalt des Friedens-Schlußes, und daß von diesen zweyen Partheyen nach vielem Streit erst dieses Jahr 1624., und zwar nicht zum Vergnügen der A. C. Verwandten festgesetzet, gewesen. (§. 1. 2. n. I.) Wenigstens

ist

ist wohl nicht zu zweiffeln, daß der Art. V. worinnen das Entscheid-Jahr 1624. bestimmet wurde, blos auf solche Strittigkeiten beeder Religionen zu deuten, und die in Art. II. III. befindliche Verordnung, wegen der Amnestie, nur von denen würcklichen Feindseeligkeiten zu verstehen sey. Itteri disquisit. iur. publ. cit. C. I. S. II. §. X. beym Henniges l. c. p. m. 1811. sqq. Der oben schon angeführte Eingang dieses V. Articuls ist viel zu deutlich, als daß eine andere Meynung nur wahrscheinlich zu machen wäre. Die Worte: *praesenti bello* magnam partem *grauamina*, quae inter utriusque religionis — — — status Imp. uertebantur, caussam et occasionem dederint; ferner der Nachdruck des Satzes: de iis (grauaminibus) prout sequitur, *conuentum* et *transactum*, bestätigen unsere Sätze, Itteri disquis. l. c. §. XII. p. 1815. sq. §. XVII. p. 1820. wann auch nicht der ganze obige Vertrag §. 2. die Anwendung des Jahrs 1624. auf die Protestanten unter sich in der That als Friedens-Schluß-wiedrig darstellen, und wann nicht selbst die in §. 1. Art. V. folgende Bestättigung des Paßauischen Vertrags und Religions-Friedens, als die voraus gesetzte allgemeine Regul, die alleinige Rucksicht auf beede Religionen gegeneinander veroffenbahren könnte. Itter l. c. §. XX. p. m. 1825. ja wann nicht der VII. Art. ohnehin schon denen Protestanten unter sich eine Norm vorgeschrieben hätte. §. 2. n. III. Litt. c. d. So wenig also die angeführte Streit-Sache zwi-

schen

schen Frankfurth und Hanau, als beeden Protestantischen Ständen, oder andere dergleichen zu dem Krieg Anlaß gegeben, oder unter die eigentlich bishero gehörige Beschwehrden jemahls in der Absicht gezählet worden; so wenig kan dieser Streit die gegenseitige Meynung bestärken, da zumahl dieselbe nach dem Friedens-Schluß nicht auf die Art ihr Ende erhalten. Itteri disquis. l. c.

2. Das Entscheid-Jahr unter denen Protestanten ist in dem VII. Art. festgesetzet, mithin hat das Jahr 1624 ohnehin keine Anwendung. Der Art. IV. §. 19. redet blos von denen Lutheranern, und einem besondern vorzüglichen Verhältnus in der Pfalz. Henniges ad cit. §. Und daß des Art. V. §. 48. Innhalt von einer ebenfalls besondern Beschaffenheit, und hiehero nicht zum Beweiß anzuführen sey, läßt sich nur aus dem Henniges ad c. §. lit. g. p. m. 704. urtheilen. S. auch Schilteri diss. de Term. a quo restitut. bonor. eccles. §. XXIV. und Hildebrand diss. cit. §. V.

3. In Ansehung derer eiferig wieder einander gestritten habenden Religions-Verwandten, war allerdings eine Auskunft und Normal-Jahr nöthig, da die Protestanten unter sich so wenig als die Catholischen unter einander vor dem Reformations-Recht sich so sehr zu fürchten hatten. Gleichwohl aber ist ja doch denen Protestanten gegen einander eben auch ein gewises Entscheid-Jahr in Art. VII. vorgeschrieben, (§. 2.) und dem Reformations-Recht ausser denen Verträgen, und andern

andern Verordnungen, allerdings eine gewiße Gränze gesetzet, mithin die Vermuthung wegen Einschränkung der freyen Hände der Protestanten ohnehin dadurch erfüllet. Der angezogene Art. VII. benimmt mit denen Worten allen Zweifel: Quoniam uero controuersiae Religionis, quae *inter modo dictos Protestantes* uertuntur, hactenus non fuerunt compositae, sed ulteriori compositioni reseruatae sunt, adeoque duas partes constituant, ideo de iure reformandi inter utramque, ita conuentum est etc. Henniges ad cit. art. lit. p. q. p. m 831. sqq. Von der Anwendung des eigenen Entscheid-Jahrs unter Protestanten ist schon oben geredet worden (§. 2. lit. e.) und darnach ist auch Hildebrands Meynung in diss. de anno decretor. Cap. II. §. V. in fine. von dem ohneingeschränkten Reformations-Recht der Protestanten gegeneinander in gewiser Maaße einzuschränken.

4. Indeme die Protestanten gegeneinander dannoch gewiße Schranken des Reformations-Rechts erkennen, wann sie gleich das Jahr 1624. dem wahren Sinn des Friedens-Instruments gemäß, nicht zu beobachten haben: so werden die Beschwehrlichkeiten wohl nicht zu besorgen, oder es müßten dieselben eben auch bey dem Entscheid-Jahr 1624. von einem mächtigen Stand zu erwarten seyn.

5. Die in dem Friedens-Schluß festgesetzte Gleichheit unter denen Religionen, bleibet dennoch

richtig,

richtig, wann auch die Catholischen unter sich so wenig, als die Protestanten gegeneinander das Entscheid-Jahr 1624. anzuwenden, sondern sich nach andern Reguln zu richten haben. Diese Gleichheit siehet auf die verschiedene Bürgerliche Rechte und Wohlthaten, die keinem der Religion wegen zu verneinen seyn, und verdienet davon nachgesehen zu werden, der oft belobte Hochansehnl. Herr Cammer-Gerichts-Assessor **von Cramer** in obseruat. Jur. uniuers. CCCCXIX §. 23 — 31. p. m. 905. sqq. Und in so ferne in Ansehung des Entscheid-Jahrs 1624. eine Gleichheit seyn soll; so muß ja dessen Anwendung einer jeden daran gebundenen Religion gleich gegönnet seyn, mithin die Catholische wider Protestanten, und diese wider jene einen gleichen Gebrauch machen können und dörfen.

6. Daß der Art. VII. die Reformirten andern Religionen gleich, und also selbige gleicher Rechte (§. 5.) theilhaftig gemacht, ist so richtig, so gewiß dadurch auch die Reformirten wieder die Catholische, und diese wieder jene das Entscheid-Jahr 1624. zur Norm anzuwenden haben. (§. 2. III.) ob aber deßwegen die Protestanten unter sich daran gebunden? das ist eine andere Frage, welche wegen der Gründe §. 2. und eben weil sie in dem VII. Art. ein anders Entscheid-Jahr zu beobachten haben, allerdings verneinet werden muß.

7. Dieser Einwurf verlieret alle Kraft, wann man den obigen Vortrag (§. 2. I. und III.) zu beherzigen

herzigen beliebet, wiewohl der lautere Innhalt des VII. Art. selbsten den Zweifel leicht wird heben können. Genug, daß die Reformirten zwar in Ansehung derer Rechte und Wohlthaten denen übrigen Religionen gleich gemacht seyn; daß aber auch sogleich denen Protestanten, in so ferne sie unter sich zwey Theile ausmachen, ein besonders Entscheid-Jahr verordnet worden. Dann dadurch fällt die Anwendung des Jahrs 1624. so schon weg, und der Schluß bleibt richtig, daß die Protestanten, in Absicht gegen die Catholische, doch vor eine Parthey zu rechnen (§. 2. lit. c.) massen sonst die Worte J. P.: adeoque duas partes inter se constituant, nicht nöthig, sondern die Verhältnüsse dreyer Religionen gegen einander zu regulieren gewesen wären.

8. Diese Absicht kan erreicht werden, wann auch schon das Entscheid-Jahr 1624. denen Protestanten unter sich nichts angehet. Die vergangene Strittigkeiten zwischen Catholischen und A. C. Verwandten, so das Friedens-Instrument veranlasset, bekommen dadurch ihre abhelfliche Maaße, und künftige Veränderungen der Protestanten unter sich, finden ihre Norm in Art. VII.

9. 10. Der Anfang des VII. Art. hat die gleiche Rechte mit denen übrigen Catholischen und A. C. Verwandten Ständen denen Reformirten mitgetheilet, wie der Innhalt zeiget, und oben n. 5. 6. bereits erwähnet worden. Darauf ist auch das Wort: *caeteris* zu deuten. Ubrigens ist rich-

tig, daß die Reformirte gegen Catholische, und umgewandt, eben so gut das Entscheid-Jahr 1624. zur Norm brauchen können. Da aber eine besondere Verordnung wegen der Protestanten unter sich nach dem jenseitigen Eingeständnus vorhanden; so muß derselben nachgegangen, und nicht das Jahr 1624. zur Norm aufgedrungen werden. (§. 2. III.)

11. Hier beruft man sich nur auf §. 2. lit. e. Die Observanz muß besonders bewiesen, und, wann sie hier eine Achtung verdienen soll, darauf gesehen werden, ob das Jahr 1624. jemahlen auf der Protestanten Strittigkeiten unter sich angewendet worden. Dann das ist eigentlich die Controvers. Ein ganz ohneingeschränktes Reformations-Recht haben sich alle Protestantische Landes-Herren gegen Protestanten wegen Art. VII. nicht anmaßen können, wiewohl die Reformation hierbey nicht so gefährlich ist; Und wann ein Protestantischer Stand in gewißer Maas seine Freyheiten (lit. e.) nicht gebrauchen will; so ist diese willkührliche Unterlassung nicht gleich eine Observanz.

§. 6.

Wann in Strittigkeiten der Lutheraner oder der Reformirten wiederum unter sich, in Ansehung gewißer Gerechtigkeiten und Einkünfte, auch auf ein Entscheid-Jahr sich beruffen werden wollte; so würde ein jeder leicht sehen, daß hier alle Anwendung wegfalle, und diese Strittigkeiten auf-

ser

ser denen Verträgen das ordentlich gemeine Recht entscheiden müsse, welches auch in gewißen Fällen das Friedens-Instrument selbst beobachtet wissen will. Art. V. §. 47. in fine. Henniges ad l. c. (§. 2. II.)

5.

Rechts-Stritt wegen einer privativen Tabern Gerechtigkeit.

§. 1.

Es besaß A. H. zu St. eine in dem kleinem Dorf mit vielen Gebäuden beschwehrte, und dahero beständigen Kosten ausgesetzte Wirthsschafts-Bewohnung, auf welcher je und allezeit von seinen Vorfahren ein privatives Tabern-Recht, nebst der damit verknüpften Verbiethungs-Befugnus (dem iure prohibendi) rechtmäßig erworben, und auch erhalten worden, ob gleich schon zu ältern Zeiten es an verschiedenen Turbanten, die gedachte H. altbegründete Gerechtigkeit zu beeinträchtigen sich bald heimlich, bald öffentlich bestrebet, nicht ganz gemangelt.

§. 2.

Absonderlich erfrechte sich bereits im vorigen Jahrhundert G. Z., den damahligen Besitzer F.

H. mancherley verbottenen Eintrag zu thun, und dessen privative Gerechtsame zu vereiteln: Dieser hingegen fande sich gemüssiget, bey Hochwürdiger D. P. zu B. die Rettung eines so alt hergebrachten Rechts, auf die in denen Gesetzen vorgeschriebene Art, zu suchen. Eine durchaus gegründete Klage hatte auch die rechtliche Würkung, daß bereits A. 1695. den 16ten May die Z. Anmassung gänzlich verworfen, und das H. privative Recht nachdrücklich bestättiget wurde. Die deme ohngeachtet von dem Z. rechtswiedrig fortgesetzte Turbationen veranlassten eine abermahlig grundhaltende Beschwehrung, aber auch nach genugsamer der Sachen Untersuchung, eine merkwürdige und Rechtskräftig gewordene Verabscheidungs-Urkunde, vom 6ten Merz 1698., worinnen das H. alleinig zustehende Tabern Recht, nebst dem Ausschluß anderer, unwiederruflich dahin bestättiget worden:

Daß in St. NB. **niemand** einer ofentlichen Schenk-Stadt, als des klagenden H. seine berechtiget, wohl folglich sich der Z. bey nahmhafter Straf des Schenk-Rechtes, mit Aufnehmung der weitgelaisten Fuhren, Kärren und Gült-Bauern, dann Verlegung der Hochzeiten, und Verstattung der Tänzen, auch Beherbergung der Handwerks- und anderer reißenden Leute zu entmüßigen, und NB. nur mit dem sich zu begnügen habe, was ihme der H. NB. oder die künftige

tige *Possessores* dieser Schenk-Statt NB. aus guten Willen vergönstigen werden.

Hier ist also kein Vorbehalt einer etwan künftig anderweiten Herrschaftlichen Ertheilung eines Wirths-Rechts nur mit einer Sylbe ersichtig; sondern alles ist platterdings des H. Vergönstigung, zum ofenbahren Kennzeichen des uralten privativen Rechts, überlassen, und sonach ein Verbiethungs-Recht wieder alle andere Anmassungen hinreichend befestiget.

§. 3.

Gehörter Z. konnte auf seine Grundlose Zudringlichkeiten keine standhafte Rechnung machen, er versuchte dahero schon vorhero andere Wege einzuschlagen, und bey dem Hochfürstlichen Hause A., obgleich schon ehehin auf der Seite gleichfalls verschiedene Inhibitionen erfolget, sein Heil zu versuchen, und wegen bekannter Herrschaftlichen Strittigkeiten einigen Vortheil zu erschleichen. Allein auch daselbst wurde auf die H. privative Tabern gnädigst gerechteste Ruckſicht genommen, und mit Verwerffung des Z. ohnstatthaften Tabern Ertheilungs-Gesuchs, nur ein ohnschädliches Bierauszapfen in dem Rescript vom 29. May 1695. dahin nachgesehen:

Auf dem von O. A. C. wegen G. Z. zu St. prätendirenden Erb-Tabern-Gerechtigkeit auf seinem Hauß daselbst anheut allhier ein-

gelangt eerforderten Bericht, wird hiemit befohlen, bedeuten Z. mit seinen Suchen allerdings ab- und dahin anzuweisen, daß er bey seinem Bierauszapfen verbleiben solle.

Auf abermahlig unverschämtes Anhalten des Z. erfolgte von der Regierung zu A. eine inhaesiv Verordnung vom 18. Julii 1695.

Läßt man es bey dem am 29. May ergangenen Befehl allerdings bewenden, nach welchen bedeuter Z. mit seinem Suchen abzuweisen, und bey seinem Bierzapfen zu verbleiben.

Oftgedachter Z. wagte sich sogar vor damaln Allerglorwürdigst regierende Kayserl. Majestät, und Allerhöchst Dero Höchstpreißl. Reichs-Hofrath, und supplicirte in einem ungegründeten Exhibito de praes. den 7ten May 1696. um ein sogenanntes Rescriptum protectorium wieder die wohlbegründete Handhabung der H. privativen Tabern Gerechtigkeit. Die einseitigen grundfalschen Vorspieglungen bewürkten zwar, doch nicht nach der Absicht des Z., eine Allerhöchst Kayserl. Verordnung an des damahlen regierenden Herrn Fürstens G. F. zu A. Höchstseeligen Andenkens. Das erstattete allerunterthänigste Bericht-Schreiben hingegen zeigte ganz deutlich die ohnberechtigte Anmassung des Z., und die überflüssig gegründete privative Befugnus des H. Deßwegen wendete sich der Z gleichwohlen wieder zu dem Hochfürstlichen Hause A. und suchte die Ertheilung eines

Ta-

Tabern-Rechts gegen Entrichtung einer jährlichen Abgabe zu erhaschen: Er wurde aber in einem sehr nachdrücklichen Decret vom 2ten April 1704. dahin abgefertiget:

Auf den wegen der von G. Z. zu St. abermahlen suchenden Tabern-Gerechtigkeit eingelangten Bericht, und die darinnen vorgestellte genugsame Erläuterung wird hiermit befohlen, den Supplicanten auf die vorige hierunter ergangene Befehl zu verweißen, Kraft deren er von seinem Gesuch gänzlich abstehen, und gnädigste Herrschaft mit weitern Anlauf nicht beschwehren solle.

§. 4.

Hierauf gienge der Z. endlich in sich, erkannte das Unrecht seines Beginnens, stunde von seinem an höchst-preißlichen Reichs-Hofrath genommenen Recurs freywillig ab, und ließ sich auf seinem Gütlein in Gemäßheit der schon angeführten Haupt-Urkunde von 1698. (§. 2.) mit einer von dem H. gegönnten und durch einen Vergleich weiters bestättigten Bierzapf begnügen, die auch noch bis diese Stunde ruhig und der H. privativen Tabern ohnnachtheilig fortgesetzet wird.

§. 5.

Daß nun wieder diesen Z. ein allgemeines Verbiethungs-Recht des H. und eine privative

Tabern eben, weil nicht einmahl eine Ertheilung eines anderweiten Tabern-Rechts verfüget gewesen, ohnverneinlich festgesetzet worden, ist eine ausser allem Wiederspruch stehende ohnlaugbahre Wahrheit. Man solte also weitere Beeinträchtigungen von andern Persohnen gar nicht vermuthet haben; und gleichwohl unterstunde sich im Jahr 1715. C. P. auf einem ganz andern schlechten Gütlein nur eine bloße Bierschenk auch anzufangen, ohne nur dabey an einiges Tabern-Recht zu gedenken. Es wurde aber auf gerechteste Beschwehrde des alten A. H. durch das löbl. D. P. Amt zu F in dem Bescheid von 15ten Julii 1715. eben diesem Turbanten gerechtest aufgelegt;

> Bey Verliehrung des Lehens auf seinen Beckenhäußlein zu gedachten St. kein Bier mehr zu schenken.

von dem P. auch über die Befolgung der amtlichen Auflage gewöhnlich angelobet, und sonach diese Verabscheidung in die volle Rechtskrafft belassen.

§. 6.

So richtig und actenkundig nun dieser Vorgang gewesen; so ohnbefugt versuchte doch gleichwohlen J. G. K., als Besitzer des nemlichen P. Gütleins, das aberkannte bloße Bierschenken in wiederrechtliche Ubung zu bringen. Es war die damalige Absicht des K. nur lediglich

auf

auf eine Bierzapf, in keine Wege aber auf einig Tabern-Recht gerichtet, wie die deutlichsten Bekänntnüße in dem Protocoll vom 9ten November 1715. genugsam veroffenbahren. Bey deme allen ergienge doch auch wieder K. eine amtliche Auflage vom 12. November 1715. dieses Innhalts:

> Von dem neuerlichen Gesuch mit Auszapfung Biers zu desistiren, oder im wiedrigen erwartend zu seyn, daß man Amtshalben mit der Amts-Execution, **gleich es anderen beschehen**, gegen sie K. Eheleuth verfahren werde.

Dieser Ausspruch erhielte seine ordentliche Rechts-Kraft, und man getrauete sich auf Seiten des K. gar nicht durch eine ordentliche Appellation einen Stand Rechtens auszuhalten. Doch versuchte man bey wohllöblicher D. P C. zu B. durch Proceß-Ordnungs-wiedrige Schriften und einseitige nichtige Zeugen-Verhören wenigstens nur einen vermeintlichen Besitz einer Bierschenke aufzustellen. Indeme aber alle Versuche bey dem Weg Rechtens die erwünschte Würkung nicht hervorbringen wollten: So verfiel der K. auf andere Mittel, und suchte bey dem Gnaden-Weg etwas zu erschleichen.

§. 7.

Dieser K. wagte sich nemlich selbst vor die hohe Person des Herrn D. zu B., und hatte das

ohnverdiente Glück, ein Decret vom 26. May 1720. durch einen falschen Vortrag zu bewürken, dahin:

> Wird dem Supplicanten in seinem unterthänigen petito auf beschehene Relation und Recommendation, als auch bey letztgehaltenen Ehe-Gericht kein Bedenken deßwegen getragen worden, hiemit gnädig willfahret und die verlangte Schenk-Gerechtigkeit jedoch dergestalten verstattet, daß er zu Abführung eines jährlichen Canonis à 1. fl. schuldig und verbunden seyn solle.

Diese lange Zeit verheimlichte, wieder des H. privative Befugnüsse und die alte Urthel von 1695. und 1698. streitende Conceßion gabe mit der Zeit dem K. Anlaß, an ein neuerbautes Hauß eigenmächtig einen ordentlichen Wirths-Schild auszuhangen, wieder welchen aber auf Seiten des H. actenkundigermassen mehrfältig schrifftlich protestiret worden. Anfangs begnügte man sich auch lediglich mit einer Bierschenke, die, der H. theils wegen der nahen Verwandschaft, theils weil ohnehin das Urthel von 1698. alles vor dessen Vergünstigung erklärete, ohnnachtheilig sich gefallen liesse, ohne daß man auf Seiten des K. auf einmal gleich eine Tabern zu erzwingen begehrte, obwohl bisweilen mit Beherbergung einige heimliche Eingriffe gewaget gewesen seyn konnten.

§. 8.

§. 8.

Im Jahr 1750. wuchs die verbottene Anmassung des K. empfindlicher, und ließ sich derselbe noch nie beschehener massen zu Sinne steigen, bey seinem Bestand-Wirth, die Verlegung einer Hochzeit zu versuchen. Der junge A. H. sahe sich in die Nothwendigkeit versetzet, zu Handhabung der so oft bestättigten privativen Tabern auf Abstellung dieser gefährlichen Turbationen, und sonderlich dahin den Rechts-erlaubten Bedacht zu nehmen, daß nach zuläßiger Wiederruffung der ohnlaugbahr vorhandenen Vergünstigung entweder der unersättliche K. auch von der im Jahr 1715. bereits aberkannten Bierschenk abgetrieben, oder doch wenigstens in denen Schranken der gegönnten Bierzapf- und also von weitern Eingriffen abgehalten würde. Der H. brachte seine gegründete Beschwerden bey dem löbl. D. P. A. zu F. behörig an, und erhielte untern 31. December 1750. den gerechten Bescheid, worinnen

dem nunmehrigen C. F. K. bey Vermeidung 10. Reichsthlr. Straf ernstlich gebotten wurde, daß er zu Folg derer hierinn schon ergangenen herrschafftlichen Verordnungen sich alles Schenk-Rechts, so mit der Aufnahm deren weitgeraisten Fuhren, Kärren, Gült-Bauern, Verlegung derer Hochzeiten, wie auch Beherbergung derer Handwerks- und aller andern reisenden Leuten gänzlich enthalte.

§. 9.

Nun soll zwar des K. Vorgeben nach angeführtes Decret von dem abgekommenen Amtmann St. unterm 4ten Jan. 1751. wiederum angeblich aufgehoben worden seyn. Indeme aber dem H. von einem solchen Vorgang nicht das geringste bekannt gewesen, und in des Beamtens Mächten kundbahren Rechten gemäß gar nicht gestanden, den ordentlich gefällt und publicirten Bescheid auf des einen Theils einseitiges Vorstellen wieder aufzuheben, cum per nudam unius partis siue uiua uoce siue inscriptis factam remonstrationem, aut etiam per eius contra sententiam interpositam protestationem, si intra tempus legale nullum remedium suspensiuum interpositum fuerit, sententiæ effectus impediri nequeat, et hinc iudici, si semel sententiam dixerit, eandem pro lubitu corrigere, uel quicquam in illa mutare, aut supplere, non sit integrum.

Heig P. 2. q. 2. n. 3. Menoch de recup. poss. remed. l. n. 170. pr. l. 55. π. de re iud. Brunnemann ad L. 3. C. de fruct. et Lit. expens. Harpprecht Vol. nou. Consult. Tom. 1. Respons. 27. n. 18-28.

Iudex enim, si sententiam semel publicauit, ad instantiam unius partis, non citata nec audita altera parte, nouam sententiam ferre non potest, quia omnem sententiam praecedere debet caussae cognitio, quae ex iis, quae a partibus hinc inde prolata fuerunt, desumi, et ita demum sententia

tia formari debet, cum autem audientia partis deficit, cognitio adesse nequit, et hac deficiente sententia quoque, quaecunque concipitur, non valet

Scaccias de sent. et re iud. Gloss. 13. n. 8. Ziegler in Dicast. concl. 26. §. 4.

So wird ein so gewaltig wieder alle rechtliche analogie streitender Einfall um so weniger die mindeste Achtung verdienen können, da eben der K. dem Innhalt dieses Decrets durch schuldige Unterlassung des Hochzeit-Verlags würklich nachgekommen, und, als gleichwohl dieser K. nachhero sich nach Verlegung einer andern Hochzeit gelüsten lassen, auf sogleich geführte Beschwehrde des H. bey wohllöbl. D. P. C. in B. durch ein Rescript vom 31. Merz 1751.

dem F. D. P. Amtmann ernstlich bedeutet wurde, supplicantischen H. bey seiner genugsam erwiesenen und NB rechtskräftig-gewordenen *priuatiuen* Tabern-Gerechtigkeit gegen jedermänniglche Beeinträchtigungen auf das kräftigste zu schützen, auch dem beklagten K., soferne er von weiterer Beeinträchtigung nicht abstehen wollte, mit 20. Rthlr. Straf auf der Stelle zu belegen.

§. 10.

Dieses abermahl in die Rechts-Kraft erwachsene Rescript wurde gleichfalls von den

Sach-

Sachfälligen K. durchgehends befolget, und von der Verlegung der Hochzeit abermahl abgegangen, dagegen aber der verbottene Entschluß gefaßt, statt des ihme fatalen Weg Rechtens bey der hohen Person des dermahligen Herrn D. P. zu V. etwas zu einigen Vortheil heimlich zu erschleichen; und es gelunge demselben wieder alles Vermuthen einseitig nachstehende Resolution von 19. April 1752. heraus zu bringen:

wird auf C. F. K. zu St. contra A. H. allda pto turbationis in Treibung seiner Schenk-Gerechtigkeit unterthänig überreichte Klag-Schrift hierdurch zur Resolution ertheilet, daß, weilen Kläger seine habende Schenk-Gerechtigkeit mittelst Vorzeigung seines darüber erhaltenen Original *Concessions*-Brief genugsam erwiesen, auch diesertwegen den darauf haftenden Canonem à 1. fl. zeithero ohnverweigerlich entrichtet hat, beklagter H. hingegen keine priuatiue Schenk-Gerechtigkeit hergebracht zu haben schon untern 13. May 1720. vermög damahligen Walburgis Heeg-Gerichts-Protocolli anerkannt worden ist, klagender K. solchemnach in seiner Schenk-Gerechtigkeit ferner zu manuteniren, beklagtem H. aber unter Vermeidung schwehrer Straf- und Anthung aufzutragen seye, daß er denselben künftighin darinnen ohnbeeinträchtiget lassen solle.

§. 11.

§. 11.

Nun wird zwar niemand in Abrede zu ziehen gedenken, daß dergleichen wieder so viele rechtskräftige Verabscheidungen, wieder eine genugsam bewiesene unfürdenkliche privative Possesion des H. erschlichene Resolution, mit einer unheilbahren Nichtigkeit um so gewisser beflecket sey, da schon der von der ordentlich rechtlichen Instanz gewagte Absprung die böße Sache des K. verrathen muß, und die Verhaltung derer vorhandenen rechtskräftigen Bescheide von selbsten die Ausflucht der Erschleichung begründet, annebst nicht nur die angeführte vermeintliche Concesion von 1720. (§. 7.) obengezeigtermassen als ungültig nicht angeführet, auch das allegirte Protocoll vom 13. May 1720. vor nichts als eine falsche Ursache angesehen werden kan, da selbiges nur des Herrn Geheimbden Rath W. Bericht und Recommendation zu bewürkung der nachhero darauf gefolgten Concession gewesen, so mithin aus dergleichen verborgenen Papieren ohnmöglich ein vermeintlicher Grund der erfolgten Resolution wieder alle Rechte hergeholet werden können, wie selbst der Innhalt besagten Protocolls deutlich veroffenbahret

„ wegen des H. und K. zu St. prätendirten
„ Schenkstatt und Gerechtigkeit betreffend,
„ da der erste solche priuatiue, der andere
„ aber cumulatiue suchet, aus producirten
„ Urkunden, Urbarien, und Lehen-Briefen

„ sich

„ sich nicht ergeben, noch erwiesen, daß
„ der H. das Schenk-Recht *priuatiue*,
„ oder aber der K. *cumulatiue* herge-
„ bracht, und zuständig, sondern der H.
„ zwar des Schenkens berechtiget, der
„ K. aber gar kein *ius* hat, sondern auf
„ gnädiger Herrschafftl. Disposition beruhet,
„ und keineswegs stringiret, bey einer
„ Schenkstatt es zu lassen, oder mehreren
„ zu gestatten, also es dahin ausgestellet,
„ und ad referendum genommen, jedoch da-
„ für gehalten worden, daß ihme die Ge-
„ walt zur Schenkstätt wohl angedeyhen
„ könnte, und bey Ihro Hochwürden und
„ Gnaden Herrn, Herrn D. P. zu recom-
„ mendiren.

J. E. H. B.

In diesem blossen Bericht wurde gar deutlich eingestanden, daß der K. gar kein *Jus* habe, ob gleich derselbe eine Bierzapf zu behaupten sich vorhero schon angelegen seyn ließ; (§. 6) es wird aber dennoch von dahero weilen der H. das Schenk-Recht angeblich nicht privative besitze, eine anderweite Concession vor thunlich gehalten, ohne daß auf die alte rechtskräfftige Urthel nur die geringste Rucksicht genommen werden mögen. (§. 2.)

§. 12.

Ohngeachtet also die auf diesen Actenwiedrigen Bericht erfolge Concession von 1720. so wenig als

als das auf beede sich gründende beschwehrliche Rescript im Jahr 1752. (§. 10.) in denen Rechten den allermindesten Bestand finden können; so unterließ der H doch in keine Wege, binnen den 10. Tagen die Appellation einzuwenden, und solche noch innerhalb gehöriger Nothfrist bey Hochpreißlichen K. L G. zu O. behörig einzuführen, erbate sich aber einen anderweiten Termin zu Beybringung der ordentlichen Gravatorial-Schrift, mit der sogleich eröfneten Absicht, wie man nochmal zu B. die Erschleichung und grundlose Sache des K. grundhaltend vorstellen, und eine eigene Aufhebung der neuesten nichtigen Verordnung bewürken wolle. Es fande auch des H. unterthänigst eingereichte Schrift bey der hohen Person des Herrn D. P. zu B. die rechtliche Aufmerksamkeit, so daß des ganzen Stritts gänzliche Untersuch- und Entscheidung der wohllöbl. D P Canzley gnädig anbefohlen wurde. Wohlgedachte Instanz beobachtete den gnädigen Auftrag auf das sorgfältigste, und eröfnete endlich den 14. Jul. a. 1752. nach Anhörung beeder Theile, und genommener Einsicht beederseitigen Urkunden diese Entscheidung:

„Wie allen Vor- und Anbringen und nach „von beederseits Partheyen in verflossenen

„Walburgis Heeg-Gericht judicialiter vor-
„gelegten Original Urkunden zu Recht er-
„kannt werde, daß A. H. nach Innhalt des
„F. Saal-Buchs de Ao. 1615. fol. 356.
„dann nach Innhalt derer producirten ori-
„ginal Sententien de annis 1695. 1698. und
„1715. gnugsam und rechtsgenüglich erwie-
„sen habe, daß ihme auf seinen D. P. Lehen-
„bahren Hauß in St. ein offenes Gast- und
„Schenk-Recht mit Aufnehm- und Beher-
„bergung deren weitgelaisten Fuhren, Kar-
„ren, Gült-Bauern, Verlegung derer
„Hochzeiten, wie auch Beherbergung deren
„Handwerks- und allen andern reisenden
„Leuthen zu treiben priuatiue zuständig,
„einfolglich derselbe gegen den beklagten C.
„F. K. sowohl, als gegen jedermän-
„niglich zu schützen sey rc.

„Hingegen aber habe der beklagte C. F. K.
„nach Innhalt seiner in Handen habenden
„Hochherrschafftl. Decreten von 26. May
„1720. und 19. April 1752. (vermeintlich)
„vollkommen Fug und Macht, auf seinen
„D. P. Lehenbahren Hauß, eine Privat-
„oder Hand-Schenk sowohl für Einheimi-
„sche

„ sche als auch Durchreisende (jedoch ohne die„ se letztere, nemlich die Frembde und Durch„ reisende über Nacht beherbergen zu dörfen) „ öffentlich treiben zu dörfen ꝛc.

§. 13.

So strittig nun der letzte Satz dieses Urthels beschaffen, und so gerecht hingegen der erste ausgefallen gewesen, so wenig wollte doch der K. sich damit begnügen, vielmehr wagte es derselbe, binnen denen 10. Tagen die Appellation zu ergreifen. Weilen aber nirgend von einer Einführung und Prosequution etwas zu vernehmen wär: So muste nothwendig die ergriffene Appellation des K. von einer ihme eigentlich angehenden Beschwehrde als desert angesehen

Herr von Lyncker de fatal. §. 62. Gail. Lib. I. obs. 140. n. 1. sqq. Mynsinger Cent. III. obs. 54. 83.

und die angeführte Sentenz wieder den K. allerdings als eine vollgültige res iudicata gehalten werden, so und dergestalt, daß der privative Tabern Punct, wann nicht schon die ältern vor dem H.

streitende Urkunden vorhanden wären, von da an ausser allem Wiederspruch gesetzet worden, und nur die Ausübung der von dem H. dem K. nie als ein Recht zugestandenen, sondern in Gemäßheit der alten Urthel blos vergönstigten Bier- und Hand-Schenk in weitere gerichtliche Verhandlung zu ziehen gewesen ist.

§. 14.

Eben dieser Umstand, daß in erwähnter an sich sonst gerechten Sentenz, und zwar in letztern Satz, wieder alle alte Urkunden und besonders wieder den schon gegen den K. ergangenen Bescheid vom Jahr 1715. (§. 6.) worinnen demselben das Bier-Auszapfen verbotten wurde, doch gleichwohl die privat und Hand-Schenk als eine Würkung der beeden Resolutionen, (§. 7. und 10.) und als ein Recht zuerkannt, somit die Beschwehrde des H. in diesem einigen Punct nicht völlig gehoben worden, verursachte, daß derselbe die an das Hochpreißliche K. L. ergriffene Appellation, um nur den gravirenden Punct wegen der Bierzapf weiter auszuführen, fortsetzte, und den erforderlichen Beschwehrungs-Libell würklich unterthänigst überreichte, worauf auch nicht nur die völligen Appel-

pellations-Processe, sondern wegen vorhandener so vieler Rechtskräfftiger Urthel, und weil der Tabern Punct schon durch die letzte Sentenz auf Seiten des K. abermahl Rechts kräfftig wurde, ein besonders Rescriptum de protegendo et manutenendo an das Hochfürstl. G. A. zu F. gnädig gerechtest mit erkannt worden.

§. 15.

Der gegentheilige K. unterfienge sich zwar hierauf vor Einsendung der Rechtserforderlichen und versicherten Exceptions-Handlung in einer neben Schrift, um Aufhebung dieses seinen Absichten entgegen stehenden Rescripts einzukommen, und hatte auch würklich das unbegreifliche Glück, ein Decret von 5ten Augst. 1752. zu erschleichen, nach welchem

Der K. an Einstellung der Fuhrleuthe nicht zu hindern, sondern beede Theile in der Possession, so wie sie solche vor der Appellation gehabt, bis zu der Sachen Ausgang zu schützen seyn.

Nachdem man aber ab Seiten des H. die Vorspieglungen des K. und seine anmaßliche Possession,

wegen der Acten kundigen Fehler in einem besondern Exhibito sub rubro: **Unterthänig gehorsamstes Gegen-Vorstellen** *ad Decretum d. 5. August. iuncto petito humillimo et inhaesiuo pro clem. respect. declarando et renouando rescripto de protegendo et manutenendo d. 28. Jul.* völlig entkräfftete, und besonders viele deutliche Eingeständnuße des K. darzubringen vermögend war: So muste wegen des Rechtskräftigen Tabern Puncts untern 17. Augst. 1752. ein Haupt Manutenenz-Decret mit ausdrücklicher Wiederaufhebung der erschlichenen Verordnung von 5ten Aug. dahin erkannt werden:

> Daß bewandten Umständen nach der H. bey seiner possessione titulata der Tabern und Schenk-Gerechtigkeit fernerhin zn schützen sey.

Hier wird nun wohl kein vernünftigen Mensch zweifeln, daß nicht die Manutenenz der privativen Befugnus verstanden gewesen sey, massen die Tabern des H. an und vor sich keines Schutzes nöthig gehabt hätte, und sonach hier eigentlich die Ausübung eines Tabern Rechts dem K. niedergeleget, und nur blos der Stritt wegen der Bierzapf

zapf zur Untersuchung ausgesetzet wird. Und gleichwohl beruhigte sich der wiedertheillige K. bey dem Innhalt dieses Haupt-Decrets, und ließ solches in eine ohnverneinliche Rechts-Kraft erwachsen. Er versuchte hingegen statt der noch schuldigen Exceptions-Handlung puncto der Bierzapf seine Tabern Lüste geltend zu machen, und dahero mit verschiedenen Ordnungs-wiedrigen Schriften die Hochpreißliche Instanz zu belästigen, so daß er durch ein Decret von 11. Dec. 1752. zur ordentlicher Beybringung der Exceptionum angewiesen werden muste. Allein der Mangel Rechts erheblicher Einwendungen, auch in Ansehung der vergünstigten Bierzapf, und das überallen ersichtige Unrecht machte, daß der K. aller rechtlichen Ordnung entweichen, und nur mit abermahligen verwerflichen Neben-Schriften, doch wenigstens etwas erhaschen wollte.

§. 16.

Allein gleichwie das Hochpreißliche K. L. Gericht darauf ohnehin keine Achtung haben könnte; so muste Selbiges in einem weitern Decret von 29. Sept. 1752, ausdrücklich dem G. Amt zu F. anbefehlen;

„ Dem K. die Exercirung des Tabern Rechts
„ und nächtliche Beherbergung zu verbiethen,
„ hingegen das Bierzapfen (nemlich wäh-
„ rend des Proceß) zu erlauben , darüber
„ ein wachsames Aug zu haben, und beeden
„ Theilen bey scharffer poen zu intimiren,
„ darwieder an keiner Seite einige Attentata
„ zu Schulden zu bringen.

Dem K. war es eine leichte Sache, bey diesen Umständen deutlich abzusehen, daß die Tabern Anmassungen keinen rechtlichen Platz greifen, und auch die strittige Bierzapf keinen erwünschten Ausgang nehmen könnte: deßwegen liese sich derselbe aus einem wahren Mißtrauen der Sache, und um in noch mehrern Weitläuftigkeiten sein Glück zu suchen, sich auf einmal zu Sinne steigen, wieder so viele alte und neue Verabscheidungen von diesem letzten Inhäsiv-Decret, welches vor nichts als eine Bestättigung des in die ohnlaugbahreste Rechtskraft erwachsenen Manutenenz-Befehls vom 17. Augst. (§. 15.) anzusehen, so mithin a grauamine praetenso reiterato, und obschon der Tabern Punct bereits eben auch Rechtskräftig war (§. 12.) so vermessen als unzulässig an eines der höchsten Reichs-Gerichte zu appelliren, welches Be-

Beginnen jedoch von bewährtesten Rechtslehrern billig verworfen wird,

S. Herrn Moser in Grund-Sätzen der Reichs-Hofraths Prax. Lib. IV. Cap. I. §. 51. wo es heist: „Wann nicht a grauamine primo, sondern erst ab eodem iterato, appelliret würde, wird das Gesuch „abgeschlagen.„

de Ludolff de Jure Camerali p. m. 335. et in obs. forens. P. I. obs. 207. n. 5.

Scaccias de Appellat. qu. 17. cap. II. lim. X. n. 11.

§. 17.

Diese an sich verwerfliche Appellation konnte auch nicht verhindern, daß nicht auf des G. Amts zu F. erstatteten Bericht von dem Ungehorsam und vermehrten Turbationen des K. durch ein besonderes Rescript von 14. Oct. 1752. befohlen wurde

Dem K. bey jedem Contrauentions-Fall, wann er nemlich gegen Verordnung fremde Gäste übernachtet und tractiret, mit 10. Rrthlr. Strafe zu belegen, und darauf zu exequiren.

Ja eben das handgreifliche Unrecht des K. verursachte nach beschehener Insinuation des unrichtigen Appellations-Instruments ein anderweites Decret von 11. Nov. 1752. vermög welchem

wegen der grauaminum Unerheblichkeit Apostoli refutatorii erkannt, und dem K. die in dem Instrumento vorgebrachten wieder die verhandelten Acta offenbahr anlauffende strafbahre Unwahrheiten nachdrücklich verwiesen worden.

§. 18.

Indeme aber unterdessen dieses nach und nach erfolgte, und dem K. bey rechtlicher Fortsetzung seiner mißlichen Sache niemal wohl zu Muthe war: So ließ sich derselbe auf eine wohl nicht leicht erhörte Art beygehen, auf abermahlig verbottene Neben- und Ruckgänge zu gerathen. Dann da hat sich den 28. Oct. 1752. würklich zugetragen, daß auf Proceßordnungs- und Rechtswiedriges Ansuchen des K. von dem Löbl. D. P. Amt. F. ein von der Hohen Person des Herrn D. P. zu B. angeblich eingelaufene schon an sich, und bey dermahligen Lage der Sache noch mehr nichtige vermeintliche Conceßion eines Tabern Rechts dem H. so unver-

vermuthet als befrembdend eröffnet wurde, dieses Innhalts:

„Nachdeme des Herrn D. P. zu B. Hoch-
„würden und Hochgräfl. Excellenz, die
„von einiger Zeither, zwischen A. H., und
„C. F. K. zu St. pto. einer von dem H.
„prætendirten, und mit Ausschliessung des
„K. sich beylegenwollenden privativen Ta-
„bern-Gerechtigkeit entstandenen Streit und
„Irrungen, und darüber beyderseits an- und
„vorgebrachte Rechtsgründe reiflich erwäget,
„und daraus ersehen haben, daß Hochdero
„Herr Vorfahrer Herr D. P. von G. seel.
„Andenkens in Anno 1720. dem K. eine Ta-
„bern-Gerechtigkeit gnädig ertheilet haben,
„der impetrantl. K. auch alsbalden nach ge-
„schehener Concession einen ordentlichen Gast-
„hof auferbauet, einen offentlichen Gast-
„schild, ohne einigen Wiederspruch ausge-
„hangen, und von 30. Jahren bis hieher
„seine erhaltene Tabern- und Gast-Gerech-
„tigkeit mit allen einer Tabern-berechtigten
„zuständigen Befugnüssen, ruhig besessen,
„und getrieben hat. Als wollen des Herrn
„D. P. ꝛc. ꝛc. die von Ihro Herrn

Vor-

„Vorfahren, dem K. ertheilte Tabern-Ge„rechtigkeit hiermit nicht nur gnädig ratifici„ren, und confirmiren, sondern auch, da„mit er in der ihme bereits ertheilten Tabern„Gerechtigkeit von keinem, unter was fürley „Vorwänd es immer seyn möge, mehr an„gefochten, und gekränket werden könne, ei„ne vollkommene cumulatiue Tabern-Gerech„tigkeit hiermit neuerlich, und um so mehr „gnädig erlauben und gestatten, als eines „Theils Hochderoselben als zeitlichen „Herrn D. P. Vogthey- und Gemeind„Herrn die Befugnüs derley Gerechtigkeiten „unter Ihro untergebenen Dorfs-Gemein„den zu ertheilen ohnstrittig zukommet, und „keiner Ihro D. P. Unterthanen sich also „vermessentlich eine solche priuatiue Gerech„tigkeit wird beylegen wollen, daß dadurch „gnädiger hoher Herrschaft selbsten die Hän„de gebunden werden sollten, andern theils „aber in Anbetracht, daß der Ort St. von „einigen Jahren her ziemlich angewachsen, „mehr erbauet ist, und die dadurch gehende „Strassen, bey dermahligen starken Tabac„Handel, stark befahren wird, so, daß meh„rere Gastgeber sich wohl und reichlich davon

„nähren

„nähren können, und endlichen, daß von „dem H. sich anmassende Monopolium im „Gastgeben, wodurch derselbe alle Gäste in „das seinige Gasthauß mit Gewalt nöthigen „will, eine ohnehin denen Reichs-Gesetzen „widrige, und dem Publico schädliche Sache „ist. Des Herrn D. P. ꝛc. versehen sich „solchemnach gnädig, daß keiner Ihro D. „P. Unterthanen, dem K. in dieser ihme „ertheilten vollkommenen cumulativen Ta- „bern-Gerechtigkeit führohin zu kränken, „und zu beeinträchtigen sich erfrechen wer- „de; Und befehlen annebst Hochdero B. „D. P. Verwaltung und Amtmann zu F., „daß dieselbe den impetrantischen K. in „Ausübung und Fortsetzung oft erwehnter „Tabern-Gerechtigkeit gegen jedermann „schützen, und auf das kräftigste manute- „niren solle. Decretum den 25. Oct. 1752."

§. 19.

Ein jedes unpartheyisches Gemüth wird diesen Hergang um so weniger zu rechtfertigen sich getrauen, da nicht einmal in der Conceßion von

1720.

1720., als dem vermeintlichen Grund dieser neuen Concesßion, ein dergleichen empfindliche Erweiterung des K. Unrechts vorgenommen, ja jener Concesßion bereits alle rechtliche Kraft benommen worden, und bey der Situation des Proceß, auch bey längst berichtigter privativen Tabern-Gerechtigkeit ein abermahliger Ruckſprung auf eine erste Instanz sich sowohl als ein attentatum darstellet, als auch den Verlust der von den K. ergriffenen Appellation an ein höchstes Reichs-Gericht nothwendig nach sich ziehet

Herr Moser l. c. lib. VI. cap. 1. §. 37. Cramer in man. proc. imp. sect. 1. cap. 3. §. 3. p. m. 59. Gail. Lib. I. obs. 146. n. 11. 13.

und also um so gewisser wieder alle bekannteste Rechte anstösset, anerwogen die privative Tabern des H. nebst dem hinreichend erprobten iure prohibendi dergleichen erweiterende Concesßionen, zumahl bey ermanglender höchster Noth, nimmermehr zulassen, ohne daß nach dem würklichen Innhalt der vermeintlichen neuern Concesßion a) der von den K. ausgehängte Wirths-Schild b) die dem Herrn D. P. zukommende Vogthey und

Ge-

Gemeind-Herrschaft c) der angeblich grösser angebaute Ort, wie auch die angeblich grössere Durchfuhr und d) eine gesetzliche Behinderung eines angeblichen monopolii zum Nachtheil deren alt-hergebrachten privativen Befugnüssen des H. dem schlechten Gütlein des K. gleiches Tabern-Recht zu bewürken vermögend seyn könnten, immassen

ad a) der wiederrechtlich und ohnbefugt auch mit Protestation ausgehangene, ja mit der vergünstigten Bierzapf ohnnachtheilig nachgesehene Wirths-Schild gar keine Achtung verdienet, und um so weniger als ein rechtliches Kennzeichen eines offenen Tabern- oder Gast-Rechts aufzustellen, weil dergleichen willkührliche Zeichen auch in hiesiger Gegend manchmahl nur bloße Bier- und Zapf-Schenken anzudeuten pflegen

Klugen Beamtens Tom. II. p. 966.
Rhetius de hospitat. cap. I. n. 4.

Ad b) des Herrn D. P. Vogthey und Gemeind-Herrschaft noch lange nicht hinreichend seyn kan, die so alt begründete, so oft bestättigte privative Tabern des H, nebst dem ohnlaugbahren

bahren Verbiethungs-Recht, nur nach Willkühr auf einmahl umzustossen, da nicht einmal einem Landes-Herrn aus gleichem Grund und nach der Beschaffenheit eines schon festgesetzten Rechts dergleichen zu unternehmen, oder wohl jemand etwas mit Schmählerung eines dritten Rechts aus Gnaden zuzuwersen, denen Rechten nach zustehet,

cum alias nunquam intentio concedentis talis esse creditur quod uelit iuri alterius quaesito derogare, quia eius rescripta cum iustitia et saluo iure tertii i. e. ita intelligendu sunt ut nemini iniuriam faciant nec ius tertii laedant sed saluum et illaesum relinquant

Gail. 11. O. 58. n. 4. O. 76. n. 9. sqq. Wesenbec. Consil. 6. n. 164. Mynf. 4. O. VIII. n. 5.

in tantum ut regulariter priuilegii aut concessionis subsequentis uerba impropriari Dec. Cons. 337. n. 10. aut omni effectu operandi destitui potius, quam in abrogationem, aut imminutionem iuris iam alteri legitime quaesiti uerti debeant, cum sub- et obreptionis uel etiam clandestinitatis uitio

tio huiusmodi in contrarium nitentes iurique tertii praeiudicantes nouae concessiones subiacere ipso iure praesumuntur

Crauet. Conſ. 68. n. 8. Petr. Anton. de Petra de iure quaesito non tollendo per principem.

Dahero bey einem gleichen Fall in des nachhero hochverdient gewesenen Herrn Reichs-Hof-Rath von Wernhers Tom. II. obſ. forenſ. 23. p. m. 590. in einen besondern Reſponſo die hiehero dienliche Stelle zu finden:

Dennoch aber und dieweil das Priuilegium de Ao. 1633. ganz deutlich im Munde führet, daß NB. **niemand** (§. 2.) vergönnt seyn solle, diesen Privilegien (noch weniger denen rechtskräftigen Urtheln des H.) zum Abbruch und Schaden an den gemelten Orten Bier oder andere Getränke zu schenken, sondern C. D. das Priuilegium einer freyen Erbschenk einzig und allein haben sollen, aus dieser Conceßion aber das ius prohibendi reſpectu aliorum gar deutlich, auch so vieles erhellet, daß sogar von der Landes-

 Herr-

Herrschaft jemand anders ein dergleichen Privilegium nicht gegeben werden solle.

Solchemnach dem K. dergleichen neue Conceßion zu verlangen oder zu erhalten, am wenigsten zugestanden, da derselbe bereits mehrmahlen durch Urthel und Recht abgewiesen, und also nach vergeblich gesuchten Weg Rechtens statt der Appellation den Gnaden-Weg zu suchen nicht bemächtiget gewesen, wie deutlich enthalten in l. 1. C. ut lite pendente etc.

> licet postquam supplicasti priusquam rescriptum impetrares, praeses prouinciae Vir grauissimus pronunciauerit: cùm tamen a sententia non prouocaueris (uel appellatio sit deserta) rescriptum, quod postea secutum esse suggeris, ad retrahenda, ea, quae decreto determinata sunt, non patrocinatur.

Ingleichen in l. 3. eod.

> qui licitam prouocationem (wie der K. §. 6. 8. 9.) omiserit, (uel interpositam de seruerit §. 12.) perpetuo silere debebit,

nec

nec a nobis impudens petere per supplicationem auxilium. Quod si fecerit, de siderio suo carebit, et ignominiae poena notabitur.

Ad c.) låst sich gar nicht begreifen, wie der angeblich grösser gebaute Ort, oder die vermeintlich stårkere Zufuhr einen Grund der vermeintlichen Concession abgeben könne, indem eines theils das Dörflein St. an Wohnhäußern fast gar nichts vermehret worden, die Durchfuhr auch nur bey schlimmen Wetter sich ereignet, und da nicht so beträchtig zu seyn pfleget, daß der Besitzer der privativen Tabern des H., zumahlen von denen Einwohnern zu St. die Nahrung so gering, und ohnehin noch eine Bierschenk vorhanden ist, (§. 4.) sich sollte reichlich nähren können, überdies die durchfahrende Fuhrleuthe meistentheils an den chbarten grossen Orten in der Gegend einzustellen gewohnt seyn; andern Theils aber ohnehin in denen Rechten bekannt bleibet, daß zum Nachtheil einer solchen privativen Tabern, welche das ius prohibendi so ohnstrittig durch verschiedene actus prohibitiuos iudiciales hergebracht, wann auch gleich ein Ort grösser und stärker worden wäre, dennoch

keine andere Tabern nur so nach Willkühr, und ohne Noth, nicht aufgerichtet werden könne.

ius enim prohibendi, quo minus alii certo loco cereuisiam uendant, et cauponariam exerceant indefinite competens durat, etsi numerus inhabitantium auctus fuerit.

Herr von Wernher l. c. p. m. 589 und in dem daselbst befindlichen allegirten Responso: „Hiernächst, daß man damahls auf die Vermehrung und Vergrösserung des Orts schon „reflectiret, sattsam abzunehmen, und dahero was von der Clausula: rebus sic stantibus gemeldet, hieher nicht zu appliciren, „also nicht eben praecise auf den damahligen „statum zu sehen, in mehrern Anbetracht, „daß zu der Zeit, da man auf die Vorstadt „gedacht, das priuilegium denuo confirmiret worden (wie bey dem H. 1715. 1750. „1752. beschehen) zu geschweigen, daß, „wenn eines negotii accidentalia sich geändert, nicht sofort selbiges vor aufgehoben „zu achten, Coccei de clauf. reb. sic. stant. „cap. 2. §. 16.„

Dahero

Dahero dann was ad d.) von dem odio erga monopolium mit angeführet worden, gar keine Wiederlegung nöthig hat, weil dergleichen Begrif hier nicht vorzufinden, und es ohnehin einem jeden Gast nach Belieben in St. oder anderswo einzustellen frey stehet, nur aber solche Freyheit in St. auf die privative Tabern des H. eingeschränket wird. Würde ein solcher Begrif des monopolii so weit zu extendiren seyn; so würde wohl kein privatives Recht, oder ius prohibendi mehr vertheidiget werden können. Es ist richtig, daß noch so viele actus possessorii simplices nicht gleich ein ius prohibendi begründen können,

de Wernher Tom. I. P. I. obs. for. 87. p. m. 79. sq. et P. IV. obs. 54. p. m. 797.

und also ein noch so alter alleiniger Besitz, einer Hohen Herrschaft nicht gleich die Hände bindet, andern nach Gutbefinden ein gleiches Recht zu ertheilen. Allein es ist doch eben so ausgemacht, daß eines Theils schon bey einer solchen Concession würklich die Umstände, die Billigkeit, die dringende Noth in Rucksicht genommen, und nicht dadurch dem alten Recht, welches allein kaum Nahrung genug findet, der gröste Schaden zugezogen

zogen werden müste; andern theils ist selbst nach Herrn von Wernhers Darfürhalten eine ganz andere Meynung anzunehmen, wann actus prohibitiui vorhanden, und also das ius prohibendi in ohnwiedersprechlicher Gewißheit beruhet. Dahero die Stelle des berühmten Herrn Riccii in spicileg. iur. german. ad Engau El. iur. germ. lib. I. tit. 10. §. 292. p. m. 429. allen Beyfall verdienet:

> In pagis etiam iure prohibendi utuntur die deßfalls priuilegirten Gasthöfe. Itemque autem obtinere non existimauerim, in iis diuersoriis, quae illud ius immemoriali tempore exercuerunt; quamuis enim ista praescriptio sit instar priuilegii; praescriptio tamen immemorialis absque praescripto iure prohibendi, non impedit, quo minus princeps et aliis simile priuilegium indulgere possit. Quod si autem caupo ius prohibendi per tempus immemoriale usurpauit, et hoc modo illud contra alios obtinuit; aliud erit dicendum. conf. Menke ad ff. cit. p. 182.

(Die Forsetzung folget.)

Druckfehler.

In 1. St. Select.
p. 123. lin. 5. del. die Worte: Kraft derer.
In 2. St. Sel.
p. 155. lin. 10. statt: meinen, leg. meiner.
p. 231. lin. penult. leg. *Controuersiar.*

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Lochner, Johann Michael Friedrich

D. Johann Michael Friedrich Lochners Hochlöbl. Republ. Nürnberg Consiliarii Selecta Iuris Universi Oder: Sammlung verschiedener in die Rechtsgelahrheit gehöriger Materien und Fälle
Bd.: 2.

Nürnberg (1760)

Decis. 74 s-1/4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10980439-1
VD18 90119851